# JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, DIREITOS FUNDAMENTAIS E EXPERIMENTALISMO INSTITUCIONAL

Organização

Gilmar Ferreira Mendes

Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch

# SUMÁRIO

# APRESENTAÇÃO

## JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, DIREITOS FUNDAMENTAIS E EXPERIMENTALISMO INSTITUCIONAL

**Gilmar Ferreira Mendes**[1]

**Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch**[2]

O presente livro é composto pelos artigos resultantes das reuniões mensais, realizadas ao longo de 2011, na Universidade de Brasília (UnB), dos Grupos de Pesquisa sobre "*Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*" ("GP/JCDF") e "*Experimentalismo Institucional*" ("GP/EI"). Ambos os grupos estão inseridos em projeto de pesquisa maior, que tem como objeto a "*Jurisprudência Constitucional: desafios e limites da concretização de direitos fundamentais pela jurisdição constitucional*".

O momento constitucional brasileiro compartilha da perplexidade que assola o constitucionalismo mundial acerca do caminho da teoria constitucional no século XXI. No mundo, o constitucionalismo tem gerado duplo sentimento: alegria pela sofisticação que adquiriu a teoria constitucional nas últimas décadas; e angústia em face da latente ameaça que o modelo tradicional de Constituição, concebido para o Estado-nação, vem sofrendo.

A ideia de território livre, em virtude da formação de blocos econômicos transnacionais, tem como principal consequência o enfraquecimento do modelo

---

[1] Possui graduação em Direito pela Universidade de Brasília- UnB, mestrado em Direito pela UnB, mestrado em Direito pela Westfälische Wilhelms-Universität Münster e doutorado em Direito pela Westfälische Wilhelms-Universität Münster. Atualmente é Professor Adjunto da UnB e Docente Permanente do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, líder dos Grupos de Pesquisa, sobre "*Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*" da UnB, "*Experimentalismo Institucional*" da UnB, "*Reconstrução Histórica da Constituinte*" do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

[2] Possui graduação em Direito pela UnB e é Mestrando em Direito, Estado e Constituição pela UnB. Atualmente, é Docente do IDP e coordenador dos Grupos de Pesquisa sobre "*Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*" da UnB, "*Experimentalismo Institucional*" da UnB, "*Reconstrução Histórica da Constituinte*" do IDP, todos liderados pelo Professor Dr. Gilmar Ferreira Mendes.

tradicional de constitucionalismo. Peter Häberle (2010) e Francisco Lucas Pires (1997) registraram a conformação de um direito constitucional europeu, afirmando que as Constituições vêm sofrendo erosão, em face do internacionalismo crescente.

A abordagem brasileira do controle de constitucionalidade está a exigir aprofundamento da teoria constitucional especialmente direcionado para a Constituição Brasileira de 1988, pois as peculiaridades de nossa realidade exigem reflexões construídas para o Brasil.

Nesse contexto, surge como paradigma metodológico intransponível a necessidade de adoção de hermenêutica constitucional adequada à realidade constitucional de 1988, comprometida em concretizar os comandos normativos contidos no nosso texto constitucional, principalmente no que tange aos direitos fundamentais ali consagrados.

O fato de todos os debates sobre instituições e políticas públicas estarem expressa ou implicitamente vinculados ao texto constitucional merece reflexão mais detida. É hora de se tentar repensar a doutrina constitucional entre nós, pois não é promissor o discurso niilista de que devemos romper com a Constituição de 1988. A leitura do texto constitucional de 1988, por meio da crítica sistematizada e metodologicamente orientada da jurisprudência constitucional, busca coordenar o sentido ideal de Constituição, que foi transportado da teoria constitucional comparada, com o sentido real de Constituição, que é aquele vivenciado no dia-a-dia de nossas instituições democráticas.

A realização dos compromissos assumidos na Constituição brasileira de 1988 está a demandar constante e densa reflexão analítica e pragmática, a partir dos pressupostos da teoria, do próprio texto e da jurisprudência constitucionais.

A grande missão dos doutrinadores brasileiros, no século XXI, é a construção de dogmática constitucional brasileira, dedicada à força normativa do texto da Constituição de 1988 e voltada para o contexto social, político e econômico do país.

Para tanto, um caminho que pode ser seguido é o da sistematização e crítica da jurisprudência constitucional nacional e estrangeira, paralelamente à construção de doutrina nacional, especificamente voltada para o oferecimento de paradigmas teóricos, que possam ser utilizados no processo de tomada de decisão em sede de

jurisdição constitucional, principalmente, quando se está a cogitar da concretização de direitos fundamentais.

Nesse contexto, o projeto de pesquisa "*Jurisprudência Constitucional: desafios e limites da concretização de direitos fundamentais pela jurisdição constitucional*" foi concebido com os seguintes objetivos primordiais:

(i) Sistematizar e analisar criticamente os precedentes nacionais e estrangeiros que tratem de questões relevantes sobre o processo constitucional concretizador de direitos fundamentais;

(ii) Refletir criticamente acerca dos subsídios teóricos que fundamentam a doutrina nacional e estrangeira disponível sobre jurisdição constitucional e processo constitucional, bem como sobre teoria dos direitos fundamentais, produzindo textos doutrinários que se apresentem como produto da reflexão tipicamente brasileira nessas áreas temáticas; e

(iii) Construir, por meio de revisões bibliográficas e análise de precedentes, subsídios doutrinários aptos a instaurarem, na comunidade acadêmica, diálogo e debate qualificados acerca dos principais problemas suscitados pela concretização dos direitos fundamentais proveniente do exercício da jurisdição constitucional.

As atividades dos GP/JCDF e GP/EI no ano de 2011 foram direcionadas, principalmente, ao alcance do segundo objetivo acima enunciado. Após longo período de inatividade, as reuniões do GP/JCDF foram retomadas em 17.7.2011, com a apresentação de artigo elaborado pelo aluno Hazenclever Lopes Cançado Junior sobre "*modulação de efeitos no controle incidental e o controle de políticas públicas*". Referido artigo foi selecionado entre os diversos excelentes artigos entregues ao final do primeiro semestre de 2011 pelos alunos da disciplina "*Direito Constitucional II*", ministrada na UnB.

A partir das discussões travadas pelos integrantes do GP/JCDF durante a apresentação do artigo, especialmente aquelas relacionadas às dificuldades decorrentes da separação entre direito e política e do receio da extensão dos efeitos

da regra prevista no artigo 27 da Lei n. 9.868/99 para o campo do controle difuso, foi definida a leitura de partida para a segunda reunião: os dezesseis primeiros capítulos da obra “*O Direito e o Futuro da Democracia*”, de Roberto Mangabeira Unger.

A aplicação à política brasileira de concorrência das ideias de imaginação institucional e democrática defendidas por Mangabeira Unger foi objeto de artigo elaborado pelo mestrando Fernando Antônio Alves de Oliveira Junior, intitulado “*A (não) aplicação do experimentalismo democrático na política de defesa da concorrência*”, apresentado em reunião do GP/JCDF realizada em 20.8.2011.

Por sugestão do próprio Fernando Antônio Alves de Oliveira Junior, foi definido como leitura de referência para a terceira reunião do GP/JCDF o capítulo II da obra “*Constitucionalização Simbólica*”, escrita por Marcelo Neves. Referido texto foi abordado em artigo elaborado pelo aluno Jonathas Bezerra Silva a respeito do problema relacionado à “*Legitimidade do Poder Judiciário na Concretização dos Direitos Fundamentais*”, cuja apresentação ao GP/JCDF ocorreu em 17.9.2011.

Na quarta reunião do GP/JCDF, realizada em 29.10.2011, as discussões foram voltadas à teoria crítica do controle de constitucionalidade desenvolvida na segunda fase da obra de Jeremy Waldron, no ensaio “*The core of the case against judicial review*”. A tese de Waldron foi analisada criticamente em artigo escrito pela aluna Ana Beatriz Vanzoff Robalinho Cavalcanti, intitulado “*A democracia e o consenso no controle de constitucionalidade: análise da legitimidade democrática das instituições realizadoras*”.

A quinta reunião do GP/JCDF, ocorrida em 19.11.2011, foi dedicada à análise dos capítulos VI e VIII da obra “*Direito e Democracia: entre facticidade e validade*”, de Jürgen Habermas, a partir do artigo “*A atuação da esfera pública política e da sociedade civil no controle abstrato de constitucionalidade: uma análise a partir de Jürgen Habermas*”, de autoria da aluna Itanúsia Pinheiro Alves.

Em 10.12.2011, foi realizada a sexta reunião do GP/JCDF, com a apresentação do artigo “*Minimalismo judicial: limites e possibilidades de sua aplicabilidade ao sistema judicial brasileiro*”, elaborado pelo aluno Lucas Faber de

Almeida Rosa a partir da análise da introdução e dos capítulos 1 a 4 do livro "*One Case at a Time*", de Cass Sunstein.

No curso das reuniões do GP/JCDF, sentimos a necessidade, especialmente a partir dos rumos tomados por diversas discussões que eram realizadas após a apresentação de cada um dos artigos acima mencionados, de criação do GP/EI, destinado especialmente ao debate de diferentes propostas de arranjo das instituições democráticas. O GP/EI é assumidamente inspirado na proposta de aceleração democrática defendida por Mangabeira Unger, na obra "*Politics*"[3], e por Charles F. Sabel e Michael C. Dorf, no artigo "*A Constitution of Democratic Experimentalism*". O objetivo do GP/EI é trazer para o centro das discussões acadêmicas novas propostas relacionadas a instituições que atualmente são vítimas, no ensino jurídico, do fenômeno do fetichismo institucional[4].

O experimentalismo proposto por Mangabeira Unger, Sabel e Dorf é claramente mais radical do que o cosmopolitismo constitucional, que é pontual e timidamente defendido por Sunstein, na parte final da obra "*A Constitution of Many Minds*" (2009, pp. 188-209), e enfaticamente sustentado por Waldron (1998), em equivocada crítica formulada à obra de Mangabeira Unger. Isso porque, diferentemente do método de simples consulta às experiências de outras culturas no momento de definição do alcance de determinado dispositivo constitucional, o experimentalismo propõe um segundo passo para a análise jurídica. Assim, sem menosprezar a importância do primeiro momento que caracteriza a teoria do cosmopolitismo constitucional quase em sua totalidade[5], a teoria experimentalista propõe o avanço da análise jurídica para o momento subsequente da prática analítica, consistente no "*<u>momento da crítica</u>, quando nos concentramos nas*

---

[3] Obra principal do autor que é composta por três volumes: "*False Necessity – Anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy*", "*Social Theory - Its situation and its task*" e "*Plasticity into Power – Comparative-historical studies on the institutional conditions of economic and military success*".

[4] Mangabeira Unger define o fetichismo institucional como "*a crença de que concepções institucionais abstratas, como a democracia política, a economia de mercado e uma sociedade civil livre, têm uma expressão institucional única, natural e necessária*" (2004, p. 17).

[5] O primeiro momento da análise jurídica experimental, que busca fugir às abstrações institucionais que dominam até a teoria do cosmopolitismo constitucional, é assim definido por Mangabeira Unger: "*A primeira tarefa – tarefa do momento de mapeamento – é entender a situação institucional existente como a estrutura complexa e contraditória que ela realmente é, como o estranho e surpreendente arranjo que nós nunca conseguiríamos supor a partir de abstrações como 'economia mista', 'democracia representativa ou sociedade industrial*" (2004, p. 163).

*disparidades do direito e na maneira por que concepções ideais, expressas por políticas públicas e princípios, ou os interesses de grupo representados por programas e estratégias, são truncados na sua realização e empobrecidos em seu significado pelas suas formas institucionais convencionalmente aceitas*" (2004, p. 164).

Assim, de acordo com essa linha de pesquisa, a obra selecionada para a primeira reunião do GP/EI, ocorrida em 26.11.2011, foi "*Deliberation Day*" de Bruce Ackerman e James S. Fishkin, que contém proposta inovadora e pouco estudada no Brasil de criação de esferas públicas políticas. O método de condução das reuniões do GP/JCDF foi mantido para o GP/EI, de modo que o livro foi analisado criticamente a partir da apresentação do artigo "*O resgate da participação na democracia representativa por meio do refinamento da consciência política popular: A proposta do Deliberation Day e sua aplicação à realidade brasileira*", de autoria do aluno Gustavo Teixeira Gonet Branco.

Na segunda reunião do GP/EI, realizada em 19.12.2011, foi apresentado o artigo "*Atenuação do Controle Judicial de Constitucionalidade e Aprimoramento Institucional – Possibilidades de Aperfeiçoamento do Contexto Brasileiro Contemporâneo*", elaborado pelo aluno Pedro Barros Nunes Studart Corrêa a partir da análise do ensaio "*Alternative Forms of Judicial Review*", de Mark Tushnet.

O presente livro, assim, reúne todos os excelentes artigos acima mencionados, objetivando não apenas apresentar à comunidade acadêmica o resultado dos trabalhos desenvolvidos pelos GP/JCDF e GP/EI no curso de 2011, como também estimular o prosseguimento dos trabalhos desses grupos e o surgimento de outras iniciativas semelhantes.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ACKERMAN, Bruce; FISHKIN, James S. *Deliberation Day*. 1ª Ed., New Haven & London: Yale University Press, 2004

HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional Europeu*. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/2/art/art4.htm>. Acesso em: 30.7.2010.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Volumes I e II, 2ª Ed., Tradução: Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

PIRES, Francisco Lucas. *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*. Coimbra : Almedina, 1997.

SABEL, Charles F.; DORF, Michael C. *A Constitution of Democratic Experimentalism*. Columbia Law Review, mar. 1998, pp. 270-473.

SUNSTEIN, Cass R. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court.* 2ª Ed., Cambridge: Harvard University Press, 2001.

________________. *A Constitution of Many Minds*. Princeton University Press, 2009.

TUSHNET, Mark. *Alternative forms of judicial review*. Michigan Law Review; aug. 2003, pp. 2.781-2.802.

UNGER, Roberto Mangabeira. *O direito e o futuro da democracia*. 1ª Ed., Rio de Janeiro: Boitempo, 2004.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford University Press, 1999.

__________________. *Dirty little secret*. Columbia Law Review, 510, 1998.

_________________. *The core of the case against judicial review*. 115, Yale Law Journal, pp. 1.346-1.406, 2005-2006.

# CAPÍTULO 1

# MODULAÇÃO DE EFEITOS NO CONTROLE INCIDENTAL E O CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

**Hazenclever Lopes Cançado Júnior**[6]
DOI 10.11117/9788565604048.01

## 1. A sistemática do controle de constitucionalidade no Direito brasileiro

O controle de constitucionalidade tem passado por grande expansão em meio à estruturação dos ordenamentos jurídicos e dos sistemas políticos modernos. Sua capacidade de adaptação às diferentes necessidades, exigências e contextos sócio-políticos comprova seu sucesso e sua relevância institucional em todo o mundo.

Inquestionável parece ser a prevalência do controle judicial de constitucionalidade, diante da instituição de Cortes Constitucionais com nítido poder normativo e com poder de decisão definitiva. O que se vê no Brasil é uma nova divisão de Poderes a partir do texto constitucional de 1988.

Em *Sociologia da Constituição,* Giancarlo Corsi percebe as constituições como instrumentos de garantia das conquistas democráticas e da soberania popular e de fundamento de um ordenamento jurídico-político, que respondem às relações fáticas em transformação.

Por oportuno, vale mencionar que a *Teoria dos Sistemas*, de Niklas Luhmann, inter-relaciona os sistemas sociais da política e do direito, diferenciados para a própria reprodução a partir de seu código interno, mas portadores de um *acoplamento estrutural* que delineia a interdependência entre eles: a Constituição.

Portanto, na medida em que a Constituição define o próprio código direito/não direito, ela é fator de legitimação para a soberania política. Com carga histórica tanto jurídica quanto política, ao mesmo tempo em que consiste em um parâmetro de determinação para outras leis do que é conforme o direito ou não, visto que ela o é,

---

[6] Acadêmico de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Membro do Grupo de Estudos em Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais e Membro do Grupo de Estudos em Experimentalismo Institucional. E-mail: hazencleverjr@gmail.com

fixa a constituição política do Estado. O complexo equilíbrio entre os diferentes sistemas pode ser assim resumido: o direito depende da política na medida em que esta lhe confere estabilidade normativa e legitimidade à Constituição por ato político da Assembleia Constituinte; por outro lado, o direito oferece à política sua organização e diversificação do acesso ao poder.

O direito, materializado na Constituição, torna-se o fundamento último do próprio direito, estabelecendo suas próprias técnicas de revisão e controle, tanto no âmbito judiciário, quanto no político. Ao dizer o que é ou não é jurídico, a partir dos próprios instrumentos e operações, o direito confere a seu sistema estabilidade estrutural.

Portanto, esses dois sistemas não se sobrepõem; antes, constantemente *irritam-se* mutuamente. A garantia jurídica de conquistas políticas, em resposta a novas expectativas sociais, é o reflexo dessa proposição, a exemplo da separação de poderes e do controle de constitucionalidade. Os próprios juristas sofrem grande influência política e tentam disfarçá-la em respeito à pretensão de neutralidade, como apregoa Antonio Hespanha.

Todavia, uma vez sobreposto um sistema ao outro, ocorre a corrupção sistêmica. O fracasso da Constituição Dirigente de Canotilho é uma prova dessa indistinção entre os sistemas do direito e da política. Kelsen, por sua vez, não escapou a essa dificuldade, visto que identificou Estado e Direito em sua Teoria Pura do Direito, a despeito da tentativa de atribuir caráter científico puro à ciência jurídica, livre de elementos sociais ou políticos.

É nessa medida em que se analisa o atual contexto do Supremo Tribunal Federal, que tem se apresentado à sociedade como espaço de resolução de conflitos essenciais ao país e que não têm sido discutidos pelo Congresso Nacional. O ativismo do Supremo Tribunal Federal, visto tanto como uma judicialização da política quanto como politicização do judiciário, acarretou debates referentes ao (des)equilíbrio na relação entre os Poderes da República. Decisões recentes, como a do aviso prévio, da marcha da maconha e da união homoafetiva, apresentam um ponto controverso comum que não faz referência ao mérito individual, mas à pretensa usurpação de poderes pelo Judiciário ou ao esvaziamento (também de legitimação) do Legislativo, especialmente dos partidos políticos.

## 2. O controle incidental de constitucionalidade

O modelo incidental é caracterizado por uma inconstitucionalidade suscitada no curso do processo, não originariamente, isso é, não em caráter principal. Segundo o Professor Gilmar Mendes, sua característica fundamental é "(...) seu desenvolvimento inicial no curso de um processo, no qual a questão constitucional configura antecedente lógico e necessário à declaração judicial que há de versar sobre a existência ou inexistência de relação jurídica." (MENDES, 2011, p. 1131).

A Constituição de 88, portanto, manteve, em relação ao controle difuso, a observância do quórum especial e a suspensão pelo Senado Federal da norma viciada. A questão constitucional prévia e indispensável ao julgamento da lide deve ser suscitada por qualquer das partes ou pelo Ministério Público, e reconhecida *ex officio* pelo juiz. A regra da declaração de inconstitucionalidade pelos juízes de primeiro grau é, entretanto, a do *self-restraint*: o magistrado deve evitar manifestar-se sobre a inconstitucionalidade sempre que for possível o prosseguimento do julgamento e a restauração do direito violado.

O CPC de 1973 estabeleceu o seguinte rio em caso de órgão fracionário do tribunal: o relator deve encaminhar a questão à Turma competente; se rejeitada, o feito prossegue; se acolhida, deve ser lavrado acórdão para sua submissão ao Tribunal Pleno ou ao órgão especial. Resta demonstrada a cisão funcional pelo qual optou a Carta Constitucional de 88: o Plenário posiciona-se a respeito a constitucionalidade ou não, ao passo que o órgão fracionais faz vista do que tiver decidido o plenário. A decisão incidente pela inconstitucionalidade da lei tomada pelo plenário do STF elide a presunção de constitucionalidade que detinha a lei. Os órgãos de outros tribunais poderão, então, acolher tal decisão de modo a não precisar mais submeter a questão de constitucionalidade a seu plenário. Essa posição equipara os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle incidental os efeitos da declaração no abstrato.

Com efeito, a decisão plenária do STF, em sede de recurso extraordinário, antecipa o efeito jurídico do julgado em controle incidental: se a declaração é pela inconstitucionalidade, o Senado deve assumir seu papel para a eficácia *erga omnes*

da decisão; se é pela constitucionalidade, vale *per se*, prescindindo de providências adicionais

De acordo com a tendência de abertura à participação de terceiros em controvérsias constitucionais, no caso específico do recurso extraordinário, o CPC dispôs, em seu art. 543-A, §6º que, na análise da repercussão geral, é lícito ao relator admitir a manifestação de terceiros. Por sua vez, o Regime Interno do STF prevê que, em casos de competência do Presidente ou Relator em que eles percebam a necessidade do esclarecimento de questões de fato com repercussão geral ou interesse público relevante, eles podem também convocar audiência pública para ouvir terceiros com experiência e autoridade na matéria em comento.

Quanto à declaração de inconstitucionalidade, pela via incidental, de norma editada sob a vigência de Constituição anterior à de 88, deve ser aferida em face da Constituição vigente à época. Por outro lado, a hipótese de declaração incidental de inconstitucionalidade de norma dispensável à causa é privilégio do STF, haja vista sua tarefa inafastável de guardião da Constituição.

Quanto às ações que devem ser apreciadas pela Corte Constitucional, conforme o texto da Constituição, em sede de controle difuso de constitucionalidade, pode-se falar em: *habeas data*, mandado de segurança (inclusive em controle preventivo de projeto de lei, por exemplo), extradição requisitada por estado estrangeiro, reclamação para preservação de competência, mandado de injunção, ações rescisórias e revisões criminais de seus julgados, recurso ordinário constitucional e recurso extraordinário, esse o principal meio de acesso ao controle incidental no STF, chegando a 90% dos processos distribuídos.

Criado para assegurar a inteireza positiva, a validade, a autoridade e a uniformidade da interpretação da Constituição, a partir da Constituição de 88, o recurso extraordinário tornou-se cabível apenas à impugnação de decisões judiciais de matéria constitucional. Seu juízo de admissibilidade é feito tanto pelo Juízo *a quo* quanto pelo *ad quem*. Não obstante todas as tentativas legislativas de diminuir a carga processual e incrementar a eficiência da prestação jurisdicional do STF, a Corte Maior se viu obrigada a desenvolver jurisprudência defensiva com o intuito de barrar o processamento de recursos extraordinários, como a instituição da repercussão geral e do sobrestamento de apelos no Tribunal de origem até o

pronunciamento da Corte em casos representativos, uma vez caracterizada a multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia.

Para emprestar eficácia *erga omnes* às decisões pela inconstitucionalidade em sede de recurso extraordinário, a Constituição estabeleceu o papel do Senado Federal na suspensão da execução do ato normativo declarado inconstitucional. No que concerne ao controle incidental, o entendimento é de que a suspensão de fato tem a função de dar à decisão do STF alcance normativo, embora não esteja acordado qual a dimensão dessa eficácia tampouco reconhecido o efeito retroativo ao ato suspensório. Bandeira de Mello optou pela eficácia *ex nunc*, aplicando à suspensão o caráter de revogação. "O Senado Federal – asseverou Bandeira de Mello – apenas cassa a lei, que deixa de obrigar, e assim, perde a sua executoriedade porque, dessa data em diante, a revoga simplesmente." (MENDES, 2011, p. 1156).

No julgamento do MS 16.512, o STF admitiu a possibilidade de o Senado revogar o ato de suspensão editado anteriormente, ou até restringir o alcance da decisão da Suprema Corte. Ademais, estabeleceu-se que o Senado não está obrigado a suspender o ato declarado inconstitucional pela Corte, tendo seu próprio juízo de conveniência e oportunidade. Na hipótese de ato declarado inconstitucional, o Senado não pode revogar. Seu papel é ater-se ao julgado da Corte Constitucional, sem a competência de analisar o mérito da decisão. O ato político do Senado deve, portanto, outorgar eficácia ampla à decisão que, de início, era vinculativa tão só aos litigantes. Ademais, do mesmo modo que o Senado não está obrigado a suspender o ato inconstitucional de pronto, é lícito ao STF rever sua decisão.

## 3. A repercussão da declaração de inconstitucionalidade do STF sobre outros tribunais

Assim reza o art. 97 da Constituição de 1988:

> Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

O STF tem decidido pela dispensabilidade de encaminhamento de controvérsia constitucional ao Plenário do Tribunal, uma vez que o STF já tenha se

pronunciado em relação à inconstitucionalidade do ato em questão. Tanto a 1ª Turma quanto a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal ratificaram esse entendimento, respectivamente, nos acórdãos do RE 190.728 e do AGRgAI 168.149 optando por esse efeito vinculante da declaração de inconstitucionalidade do STF proferida *incidenter tantum* em relação aos demais tribunais.

Notória é a posição adotada pelo STF, ao decidir pela equiparação dos efeitos das decisões em controle abstrato e concreto. No controle incidental, portanto, o efeito vinculante acaba antecipado, o que permite um espaço de autonomia do órgão fracionário em relação ao Pleno do órgão especial ou do Tribunal.

## 4. A modulação de efeitos no controle incidental

A Lei n. 9.868/1999 admitiu a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle abstrato por meio de seu art. 27, conforme transcrição a seguir:

> Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

O art. 27, portanto, abre exceção à nulidade da lei inconstitucional e outorga ao STF a modulação de efeitos, isso é, o STF deixa de aplicar a regra da eficácia retroativa (*ex tunc*) em função da eficácia *ex nunc*, seja a partir do trânsito em julgado da decisão, seja a partir de outro momento determinado.

Vez que a referida Lei trata do controle abstrato de normas, fica a questão se é possível aplicar a modulação de feitos em sede de controle de constitucionalidade concreto. Para tanto, vale buscar no Direito americano, inspiração do modelo incidental adotado pelo Brasil, cuja evolução passou a admitir, junto à decisão de inconstitucionalidade com efeitos retroativos (*limited retrospectivity*), a superação prospectiva (*prospective overruling*), seja ela limitada aos processos iniciados após a decisão, seja ela ilimitada, que não se aplica sequer ao processo que a deu causa. O clássico modelo incidental criado pelos EUA passou a admitir, ainda, em casos determinados, a eficácia *pro futuro* em declarações de inconstitucionalidade.

Com efeito, o STF passou a discutir a modulação de efeitos em casos concretos, vez que o modelo difuso não se mostrou incompatível. Ora, considerando os efeitos *ex nunc* de declaração de inconstitucionalidade do STF *in abstracto*, quais serão os efeitos sobre as decisões já proferidas *incidenter tantum* pelas instâncias afirmadoras, inclusive com eficácia *ex tunc*? Não ocorreria, nessa hipótese, a frustração das expectativas daqueles que tiveram o fundamento de sua pretensão judicialmente reconhecida?

A supressão do princípio da nulidade funda-se em princípios constitucionais, como assevera o artigo, não em juízo de conveniência. Nessa esteira, uma vez aplicada a modulação de efeitos no controle abstrato, as controvérsias constitucionais incidentais também serão passíveis de sua aplicação, sob pena de seu próprio esvaziamento.

A despeito da exigência de maioria simples para a declaração de inconstitucionalidade, vale destacar que a modulação de efeitos requer maioria qualificada para sua configuração.

O primeiro caso em que o STF deparou-se com a possibilidade da aplicação do art. 27 da Lei n. 9.868/99 ao sistema concreto foi o da impugnação do art. 6º da Lei Orgânica n. 222/90, do Município de Mira-Estrela/SP, que teria fixado o número de vereadores, em oposição à determinação constitucional que optou pelo número de vereadores proporcional à população local. Em RE, o caso chegou ao STF. O Min. Relator confirmou a inconstitucionalidade do dispositivo, porém, isso implicaria a retirada de alguns vereadores de câmaras municipais depois de diplomados e até mesmo com papel legiferante ativo. O que fazer com as leis que, porventura, tiverem criado? O Tribunal, portanto, optou pela eficácia *pro futuro*, isso é, aplicável às próximas eleições.

Outro caso relevante diz respeito ao julgamento do HC 82.959/2006, ocasião em que o Tribunal, por maioria, deferiu o pedido e declarou a inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, que proibia a progressão do regime de cumprimento de pena em crimes hediondos, em clara violação ao direito constitucional à individualização da pena (CF, art. 5º, LXVI). Embora não admitisse a progressão, a Lei impugnada permitia o livramento condicional, o que configura clara incoerência.

Visto que o STF considerou, por mais de dez anos, a Lei de Crimes Hediondos constitucional, nesse caso, sua mudança de opinião implicando uma inconstitucionalidade superveniente é de extrema relevância a modulação de efeitos.

Os Ministros viram-se obrigados a se questionarem: e os presos conforme a interpretação anterior do Supremo, teriam eles direito à progressão do regime? Aqueles que postularam a progressão do regime teriam direito a indenização por terem ficado presos indevidamente? Toda essa especulação demonstra que o Supremo já não estava decidindo aquele caso concreto, suscitado por meio de *habeas corpus*, mas estava regulamentando uma gama de outras situações, deliberando a aplicação da Lei em outros casos, isso é, já estava emprestando à decisão *incidenter tantum* eficácia *erga omnes*.

Em face das penas já extintas na data do julgamento, a mencionada declaração de inconstitucionalidade não se aplica, eis que inviável seria a apreciação, caso a caso, dos demais requisitos ao reconhecimento da possibilidade de progressão.

Na prática, o STF vem reconhecendo um modelo de eficácia *erga omnes* ao controle incidental. Ele pode dizer que uma lei é constitucional, desde que siga determinada conformação. Ademais, o art. 557 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal autoriza o provimento monocrático a coisas que já foram orientadas pelo plenário.

Ainda que, explicitamente, o sistema pátrio não ofereça eficácia *erga omnes* às decisões *incidenter tantum* da Corte Constitucional, as decisões dotadas de tal eficácia multiplicaram-se. Um exemplo é a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo que vedava a progressão de regime na Lei de Crimes Hediondos. Em todo o Brasil foram ajuizados *habeas corpus* em atenção à mudança de entendimento do Supremo. No entanto, um Juiz de Rondônia entendeu que a decisão adotada pelo Supremo Tribunal Federal vincularia somente as partes daquele *habeas corpus*, daquele caso. A Defensoria Pública impugnou essa decisão em uma Reclamação, permitida tanto para garantir competência do Supremo, quanto para garantir a eficácia das decisões, sob o fundamento de que a decisão do Supremo estava sendo violada. O Min. Gilmar Mendes, relator, deferiu, então, a liminar.

Nesse sentido, o Prof. Gilmar Mendes prega pela reinterpretação do art. 52, X, de tal sorte que se afirme que o papel que cabe ao Senado é tão somente o de publicizar a decisão tomada pela Suprema Corte por meio de publicação no diário do Congresso, haja vista que resta consagrada a eficácia *erga omnes* também em sede de controle incidental.

## 5. O *HC* 82.959/SP – A modulação de efeitos na Lei de Crimes Hediondos

O impetrante, condenado pela prática do art. 214, cc. arts. 224 §1º, I, 226, III e 71, todos do Código Penal, interpôs apelação ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu parcial provimento para reduzir a pena, mas mantido o regime integral fechado.

Por conseguinte, foi impetrado *writ* perante o STJ (*HC* n. 23.920) sob o argumento de que o crime não poderia ser considerado hediondo, vez que dele não resultara lesoa corporal nem morte. Sustentou apenas a violência presumida e argüiu pela inconstitucionalidade do art. 2º, §1º da Lei n. 8.072/90, que veda a progressão de regime, e pela revogação desse dispositivo pela Lei n. 9.455/97, que admitiu a progressão de regime para crimes de tortura. A 6ª Turma do STJ, então, proferiu acórdão em que afirmava seguir o entendimento da Corte de que os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, em sua forma simples ou qualificada, mesmo que mediante violência presumida, são considerados crimes hediondos, devendo obedecer ao disposto na Lei n. 8.072/90, art. 2º, §1º. Ademais, afirmou ser jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal a compatibilização entre tal dispositivo e a Lei n. 9.455/97.

O impetrante recorreu do acórdão proferido pelo STJ, e sustentou o enquadramento de sua conduta como ato obsceno, não atentado violento ao pudor; a não qualificação como crime hediondo do atentado violento ao pudor em função da violência presumida em relação à vítima menor de catorze anos; a impossibilidade do aumento de pena por não se configurar crime continuado; a incoerência entre a progressão de regime no crime de tortura e não em crimes hediondos.

O Min. Relator Marco Aurélio votou pela inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, pela contradição entre a vedação à progressão do regime e a admissão do livramento condicional e considerou a o regime de progressão no

cumprimento de pena parte da individualização garantida constitucionalmente, cuja desconsideração implica grave restrição a princípios do Estado Democrático de Direito. Para o Ministro, em relação aos crimes hediondos,

> (...) não faz sentido entender-se que o crime mais grave do rol – o de tortura – contemple a aplicacao da pena e o cumprimento em regime de progressão, não o admitindo os demais crimes situados no mesmo sistema.
> (...)[7]

O Min. Gilmar Mendes adere ao raciocínio do Min. Marco Aurélio, apesar de deixar claro que a competência da Corte Constitucional é senão a de corretor em relação à Constituição, não o de estabelecer a melhor disposição. O Ministro afirma, em consonância com a tese do Min Luís Gallotti, que a inconstitucionalidade não se presume; antes, deve representar manifesta afronta do texto ordinário ao maior.

O Min. Gilmar suscita a posição do Min. Celso de Mello, de que o dispositivo é destinado ao legislador, vez que comina, abstratamente, as penas e define eu regime de cumprimento. Do mesmo modo, o princípio da individualização da pena. Destituída pelo Ministro da condição de postulado constitucional, a progressão de regime vedada na Lei de Crimes Hediondos não consistiria em clara afronta ao princípio da individualização da pena.

Opõe-se o Min. Sepúlveda, na medida em que defende que a individualização da pena diz respeito menos à natureza do delito, como se depreende da Lei n. 9.072/90, e mais às condições do agente e do caso concreto. A individualização da pena no momento de sua aplicação fica esvaziada, perde sua eficácia e sua razão de ser se, no momento de sua execução, penas idênticas signifiquem cumprimento diverso.

O Min. Cezar Peluso, em seu voto, lembra que a Constituição Federal, no art. 5º, LXIII, dispõe dos crimes hediondos, vedando-lhes tão só os institutos da graça, da anistia e da liberdade provisória sob fiança, dispensando tratamento penal mais severo seja na aplicação, seja na execução da pena. Ao revés, o inciso XLVI do art.

---

[7] Marco Aurélio, voto no HC 82.959/SP, disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206 Acesso em 2/7/2011.

5º determina à lei a regulação da individualização da pena, tanto em abstrato, quanto em concreto ou em sua execução:

> A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:
> Privação ou restrição de liberdade;
> Perda de bens;
> Multa;
> Prestação social alternativa;
> Supensão ou interdição de direitos.

Ante os termos constitucionais *na forma da lei*, *nos termos da lei*, *salvo nas hipóteses previstas em lei*, em que o constituinte permite a aplicação da reserva legal simples, o Min. Gilmar Mendes interpreta aí um direito subjetivo que ultrapassa o âmbito da aplicação da pena, de modo que seja abarcada também sua execução. Nessa esteira, a individualização, no rol dos direitos fundamentais, pode ser restringido por legislação expressa em vista das variadas situações concretas a que se destina, mas somente na medida de um limite. Estaria, portanto, o legislador legitimado a, no espaço de atuação a ele conferido pela reserva legal, em função da nautureza do delito, vedar toda possibilidade de progressão de regime no cumprimento da pena?

Em resposta, o Min. Gilmar buscou nos sistemas alemão, português e espanhol, o princípio da proteção do núcleo essencial, como *limite do limite do legislador*, segundo o qual as garantias institucionais, isso é, direitos vistos como verdadeiras instituições jurídicas, uma vez passíveis de esvaziamento de sua eficácia pela atuação do legislador no limite da reserva legal, deveriam ter constitucionalmente garantido um mínimo de sua essência.

Quanto à aplicação desse princípio, há duas teorias divergentes: a *absoluta,* pela qual há um interior, uma unidade substancial autônoma livre de qualquer intervenção estatal, insuscetível de limitação; e a *relativa,* segundo a qual o núcelo há de ser definido no caso concreto, aferido com fundamento no princípio da proporcionalidade e em vista do objeto da norma. Todavia, tanto a primeira, em vista da impossibilidade de demonstração do mínimo essencial, e a segunda, em vista de sua excessiva flexibilidade, podem trazer problemas em sua aplicação. Hesse propõe, então, a conciliação pelo princípio da proporcionalidade, de tal sorte que se

de adeque o fim à medida utilizada, sem olvidar harmonização entre o fim e o direito afetado pela medida.

Acerca da liberdade de conformação do legislador, o Min. Gilmar transcreve voto do Min. Rodrigues Alckmin, que, por sua vez, cita lição de Fiorini, segundo o qual, para evitar a destruição das garantias assumidas pela Constituição como invioláveis e fundamentais, é possível a adoção de quatro princípios: a *justificação* da limitação; a *adequação* da medida ao fim desejado; a *proporção* entre meios e fins usados; e a *limitação* das medidas. De forma geral, os princípios são resumidos na *justa e razoável* regulamentação dos direitos fundamentais.

Com fundamento no diposto, o Min. Gilmar volta ao de Peluso ao citar Maria Lúcia Karam, segundo a qual

> a imposição de um regime único e inflexível para o cumprimento de pena privativa de liberdade, com vedação de progressividade em sua execução, atinge o próprio núcleo do princípio individualizador, assim indevidamente retirando-lhe eficácia, assim, indevidamente diminuindo a razão de ser da norma constitucional que assentada no inciso XLVI do art. 5º da Carta de 1988, o preconiza e o garante. (KARAM, 2003, p. 314)

O Min. Gilmar critica a extensão legislativa que o legislador conferiu à Lei de Crimes Hediondos em atenção a uma política criminal simbólica que desconsidera direitos básicos e particularidades que potencialmente conduzam à melhor reintegração social do apenado em função de um conceito indeterminado de crimes que causam mais repulsão à opinião pública. Segundo o Ministro, contrariado esse elemento do direito fundamental da individualização da pena, resta violado o direito fundamental em si.

Sob a mesma orientação Nelson Jobim, na posição de Ministro da Justiça, afirmou, em relação ao Projeto de Lei do Governo Federal, afirmou que o tratamento penal mais severo destinado a determinados crimes não pode sobrepor-se ao sistema do regime progressivo, sem o qual não seria possível pensar em um *razoável sistema penitenciário* (JOBIM, 1996, p. 1898).

O Min. Gilmar adere, ainda, à defesa da incongruência existente tanto na vedação à progressão de regime ao mesmo tempo em que se permite o livramento condicional, uma vez cumpridos os dois terços da pena, quanto na irrevogabilidade

do §1º, art. 2º da Lei n. 8.072/90 em razão da admissão da progressão de regime na Lei que trata da tortura, a de n. 9.455/97. Tais medidas mostram-se desnecessárias na medida em que configuram clara afronta ao princípio da proporcionalidade. O que, todavia, não permite concluir que os crimes hediondos não mereçam critério especial de progressividade, porquanto a própria Constituição lhes diferenciou dos demais crimes.

Posta a inconstitucionalidade do dispositivo, o Min. Gilmar passa à análise da restrição de efeitos dessa declaração. No que concerne à mudança de entendimento jurisprudencial, seja em virtude das relações fáticas, seja da inadequação da finalidade a que o legislador histórico se propôs na fixação da norma, é importante destacar o *fator temporal* da aplicação da lei, porquanto a lei pode começar a regular situações sequer previstas pelo legislador ao tempo de sua normatização, ou, se previstas, situações que não aprovaria.

É oportuno ressaltar que a lei, inserida num contexto determinado, carregada de marcas históricas, orienta-se para o futuro, para as expectativas sociais emergentes. Tais modificações não implicam, nem devem implicar de imediato, alterações no conteúdo da norma. Karl Larenz ensina que, antes, configura-se “uma relação de tensão que só impele a uma solução – por via de uma interpretação modificada ou de um desenvolvimento judicial do Direito – quando a insuficiência do entendimento anterior da lei passou a ser ‘evidente’. (LARENZ, 1997, p. 495).

Nesse caso, afirma Larenz, seja por tendência legislativa, seja por novo entendimento da *ratio legis*, seja pelas alterações na ordem jurídica como um todo, a par da mudança da situação normativa,

> os tribunais podem abandonar a sua interpretação anterior porque se convenceram que era incorrecta, que assentava em falsas suposições ou em conclusões não suficientemente seguras. Mas ao tomar em consideração o factor temporal, pode também resultar que uma interpretação que antes era correcta agora não o seja. (LARENZ, 1997, p. 498-500).

O Min. Gilmar, em seguida, discorre sobre a possibilidade da aplicação do art. 27 da Lei n. 9.868/99 ao controle difuso e, especificamente, ao caso em tela. Para tanto, o Ministro busca uma análise no direito americano, matriz o sistema brasileiro.

O entendimento tradicional de que lei inconstitucional nunca existiu foi

subjugado a partir da Grande Depressão, de tal modo que se pudesse restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Essa discussão tomou lugar especialmente em função de decisões em processos criminais em face do questionamento se a declaração de inconstitucionalidade implicaria a impugnação imediata de todos os julgados, isso é, das condenações fundadas em lei declarada inconstitucional, ou somente da demanda levada a efeito?

A Suprema Corte tratou do assunto no caso Linkletter v. Walker, atribuindo-lhe papel de política judiciária a ser decidido no caso, visto que o texto constitucional não exige nem proíbe o efeito retroativo. Linkletter requereu à Suprema Corte dos Estados Unidos a revisão de sua condenação fundada em provas que violaram o *due process of law* mediante a invocação do princípio da nulidade. Em resposta, a Suprema Corte optou pela modulação de efeitos, com justificativa na própria Lei Magna.

O caso Stovall v. Denno veio ratificar essa decisão, ao estabelecer como critério de solução a analise dos efeitos na administração da justiça da aplicação retroativa da interpretação antiga. Em decorrência disso, os Estados Unidos, criadores do modelo difuso mais tradicional do mundo, passaram a admitir a modulação de efeitos da declaração de constitucionalidade, até mesmo com efeitos exclusivamente *pro futuro*.

Em sede de direito comparado, pode-se dizer que o STF era o único Tribunal Constitucional, até a Lei n. 9.868/99, a não permitir, expressamente, a mitigação de efeitos na declaração de inconstitucionalidade. Os EUA a tinham admitido no caso Linkletter v. Walker, ao passo que as Constituições alemã, portuguesa e o Tratado de Roma (Tribunal de Justiça da Comunidade Européia) faziam menção expressa.

O que se indaga é o significado da limitação dos efeitos admitida pelo Supremo no controle abstrato sobre os julgados dos demais juízes e tribunais. A questão foi primeiro levantada na Áustria, por meio dos casos concretos que culminaram no incidente de inconstitucionalidade, que optou pela outorga da eficácia *ex tunc* à declaração de inconstitucionalidade no caso concreto.

O modelo fortemente incidental norte-americano, por sua vez, tradicionalmente voltado para a defesa de posições subjetivas, tem, não raro, dado

eficácia diferente da retroativa às declarações de inconstitucionalidade, especialmente em decisões judiciais que alteram jurisprudência (*prospective overruling*). Em alguns casos, a decisão aplica-se aos processos pendentes, mas em outros, não se aplica a eficácia retroativa de modo algum.

No caso brasileiro, em que convivem o modelo abstrato e o concreto, indaga-se quais os efeitos de uma decisão de eficácia *ex nunc* proferida no controle abstrato sobre decisões de qualquer instância *incidenter tantum* de eficácia *ex tunc*? O Prof. Gilmar Mendes sugere, nesse sentido, a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* na ação direta com a ressalva dos casos concretos já julgados ou, a depender, também dos casos *sub judice*, até o ajuizamento da ação em abstrato. Em vista dessa repercussão do sistema abstrato para os processos incidentais, cabe à Corte fazer as devidas ponderações entre princípios constitucionais que justifiquem o afastamento do princípio da nulidade. Ora, mesmo que a modulação de efeitos contrariasse o direito de acesso à justiça, ela está assentada em princípios jurídico-constitucionais, não em juízo de conveniência.

O Prof. Gilmar Mendes traz o exemplo do Tribunal Constitucional Português, que, ao declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados, faz, porém, ressalva dos casos já decididos, cujos efeitos foram produzidos até a data da publicação, e dos casos pendentes de impugnação contenciosa. Se o STF, todavia, dispensar a ressalva, sua modulação de efeitos vincula processos com pedidos idênticos em processos pendentes de decisão em qualquer instância pelos mesmos fundamentos, sob pena de gerar insegurança jurídica.

O fundamento da modulação de efeitos torna-se o mesmo da eficácia *ex nunc* nos casos concretos, isso é, aqueles ainda não transitados em julgado terão o mesmo tratamento quando submetidos ao Supremo Tribunal.

O Min. Gilmar Mendes levanta ainda debate sobre tímida tentativa jurisprudencial, assente na doutrina de Kelsen, de substituir a teoria da nulidade pela teoria da anulabilidade no caso concreto. Seus adeptos argumentam que a lei declarada inconstitucional não o foi sempre, haja vista sua correta edição. Ela não seria, portanto, nula, mas anulável, sem decisão de natureza constitutiva. Não seria decisão declaratória, haja vista que até o ato de inconstitucionalidade a lei não se mostrava nula, isso é, adentrara no mundo jurídico com presunção de validade, de

constitucionalidade. Defende-se nesse caso, portanto, anulação com eficácia retroativa. Essa tese, sustentada pelo Min. Leitão de Abreu, pressupõe situação jurídica formalmente constituída em ato praticado de boa-fé e sob o império de lei posteriormente declarada inconstitucional. Nesse sentido, a modulação de efeitos decorreria de razão de conveniência e de política judiciária, tal qual no direito americano. A questão fundamental é mais política que judiciária, em função da conciliação entre o princípio da separação de poderes com a declaração de invalidade pelo Judiciário de ato de outro Poder.

Quanto ao exposto, ensina o Prof. Ronaldo Poletti, a doutrina clássica sustenta que a lei inconstitucional não é lei; segundo Francisco Campos, só é lei aparentemente, pois, de fato ou na realidade, não é. Ela inexiste no direito, sendo incapaz de produzir feitos; é, portanto, nula, não meramente anulável. Poletti cita Willoughby:

> *Any given rule of conduct or definition of a right either is or is not a law. When therefore we describe any particular measure as na unconstitutional law, and therefore, of ourse, void, we are in fact, strictly speaking, guilty of a contradiction of term, for if it is unconstitutional by a competent court of last resourt, the measure is question is not "votoed" or "annulled", but simply declared never to have been law at all, never to have been, in fact, anything more than a futile attempt at legislation on the part of the legislature enacting it.* (POLETTI, 2001, p. 119)

Vale transcrever, ainda, parte do que afirmou Justice Field, no caso *Norton v. Shelby Co.*:

> *Na unconstitutional act is not a law, it confers no rights, it imposes no duties, it affords no protection, it creates no office; it is, in legal contemplation, as inoperative as tough it had never been passed.* (POLETTI, 2001, p. 119)

Reale diria que pugnar o contrário seria confundir existência de fato e existência de direito, atribuindo à primeira efeitos que só decorrem da segunda. De acordo com Alfredo Buzaid, a inconstitucionalidade afeta a lei em seu berço, *ab initio*: ela nasce morta. A antinomia entre lei e Constituição revela-se, nesse sentido, apenas aparente, solucionada pela *supremacia da constituição*. Nesse caso, há que se falar em decisão declaratória, operando efeitos *ex tunc*.

O Min. Gilmar, por sua vez, crê na aplicação do princípio da nulidade de lei inconstitucional, ressalvados os casos de sua restrição, como nas hipóteses de dano à ordem jurídico-constitucional, particularmente à segurança jurídica. Em atenção a

esse princípio constitucional, a jurisprudência brasileira, a despeito de omissão expressa da ordem jurídica pátria, não aceita a nulidade de todos os atos decorrentes da lei declarada inconstitucional. A exceção resta na sentença penal condenatória, sem prazo de revisão.

No julgamento do HC 70.514, o STF ampliou a possibilidade de modulação de efeitos ao entender que a lei que outorgava à Defensoria Pública prazo em dobro era constitucional enquanto esses órgãos não estivessem devidamente estruturados. A legitimidade da norma estava assentada, portanto, em circunstância modificável no tempo.

Por fim, o Min. Gilmar Mendes vota, em atenção a um *overruling*, isso é, autêntica revisão de jurisprudência, declara a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º da Lei n. 8.072/90 e entende que o Tribunal deve adotar a eficácia *ex nunc* para sua decisão, de sorte que seja aplicável às condenações ainda suscetíveis de serem submetidas à progressão de pena.

Diante do exposto, não se configura óbice à aplicação da modulação de efeitos, seja ela invertida ou não, em sede de controle difuso. Em adição, ela não concerne somente aos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, mas também aos efeitos subjetivos produzidos, para que confira eficácia *erga omnes*, independentemente de ato senatorial, a exemplo da Reclamação 4.335/AC, em que o Juízo das Execuções Penais da Comarca de Rio Branco-AC indeferiu pedido de progressão de regime em crimes hediondos, em clara contrariedade à declaração de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, como exposto. Em Reclamação ao STF, o Min. Relator Gilmar Mendes ratificou que às também as decisões em controle difuso seria atribuído efeito vinculante, consoante o aplicado no controle abstrato.

Ora, o STF entende que a ação civil pública não pode fundar-se na declaração de inconstitucionalidade; o autor dessa ação persegue objeto legítimo de direito difuso ou coletivo e pede providência a algum bem da vida afirmando que a lei que permite conduta contrária é inconstitucional. A própria declaração incidental de inconstitucionalidade na ação civil pública corresponde a essa objetivização, visto que ela não defende direito subjetivo do requerente, mas interesse geral, tendo

reflexo no direito subjetivo de outros interessados que não integram o processo. Para dar sentido a essa ação, a decisão assume eficácia *erga omnes*.

## 6. A modulação de efeitos em sede de controle incidental no Tribunal de origem

Pode-se dizer que já está consagrada na jurisprudência pátria a possibilidade de modular efeitos em sede de controle incidental, a partir do art. 27 da Lei n. 9.868/99. Todavia, se uma parte recorre ao STF para obter essa modulação de efeitos, não seria mais viável que o Tribunal de primeiro ou segundo grau já o fizesse? A competência para tanto é exclusiva do STF?

O Min. Gilmar Mendes cita o Min. Sepúlveda Pertence em seu voto no HC 8.929/SP:

> De logo – a observação é de García de Enterría – a conseqüente eficácia *ex tunc* da pronúncia de inconstitucionalidade gera, no cotidiano da Justiça Constitucional, um sério inconveniente, que é o de levar os tribunais competentes, até inconscientemente, a evitar o mais possível, a declaração de invalidade da norma, à vista dos efeitos radicais sobre o passado.[8]

O problema maior da eficácia *ex tunc* é quando atinge lei cuja validade não era questionada anteriormente. Caso contrário, como a incidência da contribuição social sobre a remuneração de administradores, que vem sendo questionada desde a Lei n. 7.787 no controle difuso, poucas foram as decisões favoráveis à Previdência Social. Na ADI n. 1.102, o Min. Relator Maurício Corrêa foi favorável, para situações excepcionais, da modulação de efeitos de lei declarada inconstitucional, facultando ao Tribunal prolongar o início da eficácia *erga omnes*.

Por fim, o Min. Gilmar Mendes cita voto do Min. Sepúlveda Pertence no sentido de que a tradição constitucional brasileira ainda dualiza a constitucionalidade plena e definitiva da lei com a declaração de sua inconstitucionalidade com eficácia *ex tunc*. Os reflexos dessa orientação no que se refere à segurança jurídica enfatizam que as alternativas evidenciam que a instauração de nova ordem constitucional não é senão um processo, em que as possibilidade de aplicação da norma estão afetas às alterações da realidade fática que a viabilizam. À medida que

---

[8] PERTENCE, Sepúlveda. Voto disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206 Acesso em 2/7/2011.

os próprios tribunais originários optarem pela via alternativa, mesmo em sede de controle incidental, perceberão que muitas vezes, a supressão da lei pode ser mais danosa ao sistema do que sua manutenção temporária.

Nesses termos, conclui o Min. Gilmar que a modulação de efeitos a partir do art. 27 da Lei n. 9.868 tem natureza interpretativa, porquanto seus conceitos jurídicos, isso é, a segurança jurídica e o relevante interesse social, são revestidos de base constitucional.

> O que importa assinalar é que, consoante a interpretação aqui preconizada, o princípio da nulidade somente há de ser afastado se se puder demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social.[9]

Na visão do Min. Gilmar Mendes, ao que tudo indica, o que enfraqueceria a aplicação da norma seria justamente a ausência de técnica alternativa à nulidade constitucional, afinal, segundo García de Enterría, a não admissão do pronunciamento prospectivo implicaria um *greater restraint*.[10]

Portanto, diferente do modelo norte-americano, o afastamento do princípio da nulidade não se funda em política judiciária, mas em fundamento constitucional, assente em severo juízo de ponderação de sorte que se dê primazia à segurança jurídica ou outro princípio manifesto na forma de interesse social relevante. Em decorrência do exposto, o controle judicial pode ser feito de modo mais preciso, o que torna os tribunais originários habilitados com mais segurança à aplicação do art. 27 da Lei n. 9.868/99 no modelo incidental. O princípio da proporcionalidade cumpre seu papel nesse controle, evitando decisões arbitrárias na margem de escolha conferida aos Tribunais para a fixação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Rui Medeiros ensina a respeito da função do princípio da proporcionalidade na limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade:

> Impõe-se, para o efeito, ponderação dos diferentes interesses em jogo, e, concretamente, o confronto entre interesses afectados pela

---

[9] MENDES, Gilmar. Voto no HC 82.959, p.143. Disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206 Acesso em 2/7/2011.
[10] MENDES, Gilmar. Voto no HC 82.959, p.143. Disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206 Acesso em 2/7/2011.

> lei inconstitucional e aqueles que hipoteticamente seriam sacrificados em decorrência da declaração de inconstitucionalidade com eficácia retroativa e repristinatória.[11]

Nessa ótica, a impossibilidade da modulação de efeitos nos tribunais originários consistiria em incoerência com a essência do controle difuso, no sentido de que o juiz, apto à declaração de inconstitucionalidade, ao deparar-se com situação concreta em clara afronta com a estabilidade das relações jurídicas ou passível de acarretar grave desordem jurídica, econômica ou social, nada poderá fazer, senão determinar a retirada imediata da lei do ordenamento com eficácia retroativa, desconsiderando as relações fáticas que o permitem e todos os transtornos que serão gerados.

É, de fato, questão delicada, a ser aplicada com cuidado e justificadamente, na medida dos limites e na observância do controle de proporcionalidade, ponderação e razoabilidade. Mas, afinal, se a declaração de inconstitucionalidade independe da atuação da Corte Constitucional, porque, ao revés, em face de complexa ponderação de que resulta uma limitação constitucional aos efeitos daquela declaração, não o seria a modulação de efeitos?

Talvez a apreensão de se estar usurpando competência legislativa, ou mesmo fazendo política pública. Mas o Tribunal, diante de um caso concreto, não pode esquivar-se de oferecer-lhe a melhor solução, mais adequada, justa e razoável, em respeito à ordem constitucional, ao interesse social, e às relações fáticas a que a norma destina sua regulação, mesmo que privilegie aquele caso em análise, que reflete diversos outros, com uma inconstitucionalidade superveniente com eficácia *ex nunc*, como no caso do HC 82.959.

Ademais, a admissão dessa possibilidade não contrariaria a tendência de objetivização do controle de constitucionalidade, tampouco princípios constitucionais como o da economia processual e o da celeridade, não mediante outorga ao Tribunal de origem de poder que lhe seja estranho, mas de poder constitucional de declaração de inconstitucionalidade, agora mediante complexo juízo de ponderação de princípios constitucionais.

---

[11] MEDEIROS, Rui. A decisão de inconstitucionalidade, cit., p. 703/704. Disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206. Acesso em 2/7/2011.

Não se trata aqui de escape à *mens legis* do art. 27; antes, de ampliação de efeitos em relação aos casos concretos, mas alheios à lide apreciada pela Suprema Corte, em respeito à segurança jurídica do ordenamento e à própria Constituição.

## 7. A modulação de efeitos e o controle de políticas públicas

A Min. Ellen Gracie opõe-se ao Min. Gilmar Mendes por acreditar que a modulação de efeitos, para que abrangesse apenas as hipóteses futuras (*pure prospectivity*), excluiria de sua eficácia o *habeas corpus* em discussão. Todavia, afirma a Ministra, no controle difuso, ou se declara a inconstitucionalidade ao caso em tela, ou não se discute sua aplicação. Isso é, na ressalva das sentenças condenatórias já publicadas, como excetuar-se a do caso em questão? Seria preciso aceitar os limites de um sistema misto de controle de constitucionalidade. Para o reconhecimento dos efeitos limitados, seria necessária uma Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Há de se considerar, todavia, a evolução do controle de constitucionalidade brasileiro para que não se aplique sua concepção estrita. Embora a disposição legal da mitigação de efeitos faça menção apenas ao controle abstrato, a jurisprudência não tem encontrado impedimento à sua aplicação ao modelo difuso, em razão da contínua dessubjetivização pela qual tem passado esse modelo com eficácia *inter partes*. Além de a modulação de efeitos ter fundamento constitucional, porquanto o princípio da nulidade só será sacrificado em função de outro princípio constitucional que o justifique, qual seja, o da segurança jurídica, o Supremo Tribunal tem cada vez mais oferecido eficácia para além do caso concreto.

Algumas conseqüências dessa modulação de efeitos são, portanto: *i)* a relativização do princípio da nulidade, mediante a ponderação de princípios; *ii)* a abstrativização do controle difuso pelo empréstimo de características do controle abstrato, a dizer, a modulação de efeitos e a atribuição de efeito vinculante às decisões; *iii)* o reforço do papel do Supremo como Corte Constitucional, e do sistema de controle de constitucionalidade, na regulação das expectativas sociais.

Conclui-se, portanto, não pela simples aplicação análoga do art. 27 da Lei n. 9.868/99 ao controle concreto, mas pela adoção inarredável de pressupostos principiológicos que melhor se aplicam ao caso concreto, sem implicar graves danos

ou prejuízos de ordem econômica, social ou jurídica. De toda sorte, esse fenômeno aceito em diversos sistemas jurídicos no mundo, tem sido jurisprudencialmente aceito na análise casuística mediante a ponderação dos valores e dos efeitos passíveis de serem operados através de um juízo de proporcionalidade e razoabilidade.

A modulação de efeitos pode ser perscrutada com mais força na jurisprudência nos casos de mutação constitucional, cujas alterações comumente se dão no campo dos direitos fundamentais. Na visão de Larenz, ao Tribunal Constitucional impõe-se grande responsabilidade política na manutenção da ordem jurídica. A ponderação das consequências torna-se, portanto, essencial, ainda que seja de caráter eminentemente político, orientada para o *bem comum*, para o aperfeiçoamento do funcionamento do Estado de Direito. Nesse sentido, exige-se dos juízes libertação de qualquer simpatia ou antipatia com grupos políticos para regulação mais racional da lei.(LARENZ, 1997, p. 517)

Acerca da objetivização do controle concreto americano, Martin Shapiro faz importantes considerações nos principais casos de mutação constitucional, especialmente no que tange a liberdade de expressão e o direito ao aborto. A maior tutela dos direitos constitucionais contra incursões governamentais implica um desenvolvimento de características do sistema abstrato até mesmo onde antes era formalmente proibido. Shapiro afirma que os juízos de ponderação, como aqueles a que se submete a modulação de efeitos, constroem situações hipotéticas com personagens abstratos e dilemas concretos.neles não há nada de concreto.

Shapiro cita ainda dois exemplos de técnicas de controle abstrato usadas no controle concreto nos EUA: *surgery*, segundo a qual os juízes que declararam a inconstitucionalidade da lei procedem à análise de normas *não contaminadas*, isso é, passíveis de aplicação; e *saving*, pela qual os juízes permitem a aplicação da lei de modo a amenizar o impacto do controle judicial na legislação e controlam sua aplicação no futuro. Shapiro refere-se à última técnica como aquela pela qual juízes americanos e cortes européias *participam da função legislativa pelo uso de seu poder de revisão para dar interpretações oficiais à norma* (SHAPIRO; SWEET, 2006, p. 20). Essa contínua adaptação das normas aos casos concretos aproximam juiz e legislador, fazendo do primeiro legislador positivo e negativo.

Os Estados Unidos são resistentes à abstração por acreditarem que as melhores decisões baseiam-se no caso concreto, vez que o *common law* é o senso comum, isso é, suas operações se traduzem no problema concreto, imediato. Entretanto, decisões como *Brown v. Board of Education*, *Roe v. Wade* e *Miranda v. Arizona* desafiam qualquer decisão em controle abstrato, pela magnitude das mudanças em sede de política pública. Ademais, a suposta limitação à relação processual subjetiva, mesmo nos casos que não dizem respeito à declaração de inconstitucionalidade de lei que afronta os princípios constitucionais da Primeira Emenda, é ficcional.

Shapiro, então, cita o caso *Gideon v. Wainwright,* em que a Suprema Corte determinou que os Estados Americanos provessem assessoria jurídica gratuita, isso é, defensoria pública, aos réus criminais que não pudessem custear. O entendimento muda de uma garantia negativa para um direito positivo. Diante do caso *Gideon*, os juízes percebiam que a mudança de entendimento para o deferimento da justiça gratuita ao réu criminal afetaria o processo criminal em diversos estados e requereria dispendiosos gastos.

Conclui-se, portanto, que os nove juízes não olharam somente para *Gideon*; ele foi apenas um canal, uma personalização da massificação de um problema de política pública que acometia o país. A preocupação deles não estava concentrada no réu, mas em como os governos locais responderiam, no futuro, à afirmação desse direito, e se a Corte estava pronta para anunciar política pública sobre controvérsia futura, massiva e de âmbito nacional.

O ponto mais geral a se fazer é o de que nenhum direito individual constitucional é absoluto. As Cortes Constitucionais afluem para a ponderação entre o sacrifício de um princípio compensado pelo interesse público que o requeira. Mesmo nos casos mais concretos e imediatos, a ponderação leva a Corte para além das partes litigantes, até assunto de política pública, ou de interesse social.

Especificamente no controle difuso, a partir do momento em que se dá ao caso efeito vinculante, seja para os casos futuros de circunstâncias idênticas, seja para aqueles com parcas circunstâncias análogas, deve-se considerar não só os efeitos da lei às partes litigantes, mas também os impactos em casos futuros. A despeito do rigor concreto formal de seu controle de constitucionalidade, as Cortes

dos EUA sabem que grande parte de suas decisões não se resume a fazer justiça apenas ao particular, mas anuncia políticas públicas aplicáveis a circunstâncias completamente diferentes e não necessariamente previsíveis (SHAPIRO; SWEET, 2006, p. 28).

Shapiro conclui, portanto, que o de fato concreto no sistema americano é a complexidade e, por vezes inconsistência da jurisprudência, que pode ser usada para redirecionar ou restringir a controvérsia constitucional. Ademais, afirma Shapiro:

> *But, in many major constitutional litigations in the US, the concrete serves only to contain a great pool of general social data and policy analysis from which the courts derive general and forward-looking social policies that are far more politically significant than the concrete resolution of the particular case.*(SHAPIRO; SWEET, 2006, p. 29)

Assim, em face de casos autênticos de *prospective overruling*, cabe ao Tribunal ajustar o caso concreto à técnica de decisão que melhor traduza a mudança de valoração, seja pela exclusão em todas as hipóteses da retroatividade, seja para a operação dos efeitos *ex nunc* em relação aos casos pendentes de julgamento. Por essa modulação, acaba construindo políticas públicas de grandes efeitos e realce.

Vale ressaltar, todavia, a necessidade de certo controle, vez que a modulação de efeitos em declaração de inconstitucionalidade do tribunal de primeiro grau não vincula, isso é, não é dotada de eficácia *erga omnes*. Ora, a própria comprovação de controvérsia constitucional no controle difuso fundamenta a necessidade pública de controle.

Em decorrência do *stare decisis* norte-americano, atribuiu-se efeito vinculante às decisões da STF, e também em sede de controle incidental, como se pôde concluir a partir da Reclamação contra Juízo da Comarca de Rio Branco/AC que se recusou a adotar a decisão do Supremo. A nulidade da lei inconstitucional encontra fundamento nesse argumento do princípio do *stare decisis*. Assim, ela vincula instâncias inferiores a partir da eficácia *erga omnes*, mesmo no controle incidental.

O direito moderno, orientado para o futuro, assumiu um programa de políticas públicas por meio das garantias constitucionais e dos direitos fundamentais que são pauta constante no Supremo Tribunal Federal. A Corte tornou-se um lugar privilegiado de jogo político, não muito diferente do que acontece nos EUA ou na Alemanha.

Há resistência, claro, na medida em que se confia a autoridades não eleitas temas que deveriam estar em debate no Congresso Nacional, depositários da soberania popular. Mas se essa agenda não tem sido cumprida, naturalmente o STF tem ganhado confiança na resolução de matérias de enorme repercussão e complexidade. O Brasil ainda está aprendendo a se situar nesse jogo democrático, e mesmo que o Supremo sinta-se legitimado a definir regras de políticas públicas ou organização do sistema política, não pode se acostumar, tampouco deve o Legislativo o deixar. Que seja um incentivo a uma dialética ainda maior.

Questão paralela, porém pertinente e relevante, é a legislação positiva dos Tribunais em caso de omissão constitucional. O Supremo tem optado pela adoção do modelo de sentença aditiva desenvolvido na Itália, de tal modo que a completa satisfação da Constituição não fique à deriva do juízo de oportunidade e conveniência do Legislativo na edição de uma norma. O que se reconhece é que a simples cassação da lei, conforme as necessidades do Estado Liberal, não se amolda ao atual contexto do Estado Social, que exige ampla intervenção e do Tribunal Constitucional. Nesse sentido apregoa Rui Medeiros:

> Numa palavra: 'a configuração actual das constituições não permite qualquer veleidade aos tribunais constitucionais em actuarem de forma meramente negativa, antes lhes exige uma esforçada actividade que muitas vezes se pode confundir com um indirizzo político na efectiva concretização e desenvolvimento do programa constitucional (...). (MENDES, 2011, p. 1328)

Do mesmo modo, nos dizeres de Joaquín Camazano:

> *Si alguna vez los tribunales constitucionales fueron legisladores negativos, sea como sea, hoy es obvio que ya no lo son; [...] Y es que, como Fernandéz Segado destaca, 'la práxis de los tribunales constitucionales no há hecho sino avanzar em esta dirección' de la superaci[on de la Idea de los mismos como legisladores negativos, certificando [así] la quiebra del modelo kelseniano del legislador negativo.* (MENDES, 2011, p. 1330)

Atribuir a modulação de efeitos ao Tribunal de origem em vista das particularidades do caso concreto que o justifiquem, de modo a evitar prejuízos maiores à ordem jurídico-democrática, pode parecer privilégio, ou até injustiça. Ora, na medida em que a defesa de princípios fundamentais representa uma abertura à diferença, a um futuro que nenhuma norma fundamental é capaz de antecipar, descortina-se todo um espaço de atuação casuística, cuja justiça pode não ser facilmente determinada. O controle mostra-se necessário, justamente na defesa do

princípio que justifica a modulação: a segurança jurídica, a confiança na estabilidade das relações jurídicas, na unidade do ordenamento jurídico.

**Referência bibliográfica**

ABRUCIO, Fernando. O perigoso charme do Supremo. Revista Época. 20/6/2011.

ÁLVAREZ, Emilio Gerardo Arriaga. La teoría de Niklas Luhmann. **Revista Convergencia**. Toluca, n. 32, p. 277-312, mai./ago. 2003.

BARBOSA, Rui. Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo. *In Trabalhos jurídicos*. Cit., p. 83.

CORSI, Giancarlo. Sociologia da constituição. Trad. para fins acadêmicos Juliana Neuenschwander Magalhães. Manuscrito acadêmico não publicado.

FILHO, Cândido Motta. A evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil, RF, 86/277.

HABEAS CORPUS 82.959-7 SÃO PAULO. http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206 Acesso em 1/7/2011.

HALL, Kermit L. The Oxford guide to United States Supreme Court decisions. Nova Yorrk: Oxford University Press, 1999.

JOBIM, Nelson. Mensagem n. 783. *Diário da Câmara dos Deputados,* 19 de janeiro de 1996, p. 1898.

KARAM, Maria Lúcia. Regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade. *In: Escrito em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo, 2003.

LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 3ª ed. Lisboa: 1997.

LUHMANN, Niklas. A constituição como aquisição evolutiva. Trad. para fins acadêmicos Menelick de Carvalho Netto; Giancarlo Corsi; Raffaele De Giorgi. Trad. notas Paulo Sávio Peixoto Maia. Manuscrito acadêmico não publicado.

MEDEIROS, Rui. A decisão de inconstitucionalidade, cit. P.703/704.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Modulação de efeitos em sede de controle difuso de constitucionalidade. http://revista.uepb.edu.br/index.php/datavenia/article/viewDownloadInterstitial/1162/599 Acesso em 30/6/2011.

Modulação dos efeitos temporais no controle difuso-incidental de constitucionalidade. http://jus.uol.com.br/revista/texto/12831/a-modulacao-dos-efeitos-temporais-no-controle-difuso-incidental-de-constitucionalidade/3. Acesso em 30/6/2011

www.planalto.gov.br

POLETTI, Ronaldo. Controle da constitucionalidade das leis. 2ª ed. São Paulo: Forense, 2001.

SEGADO, Francisco Fernández. La Obsolencia de la bipolaridad tradicional (modelo americano – modelo europeo-kelseniano) de los sistemas de justícia constitucional.

SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. Abstract and concrete review in the United States. Printed from Oxford Scholarship online (www.oxfordscholarship.com).

# CAPÍTULO 2

# A (NÃO) APLICAÇÃO DO EXPERIMENTALISMO DEMOCRÁTICO NA POLÍTICA PÚBLICA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA: UMA ANÁLISE DAS PRINCIPAIS MUDANÇAS NA NOVA LEI DO CADE.

**Fernando Antônio Alves de Oliveira Júnior**[12]

**DOI 10.11117/9788565604048.02**

**Introdução. - O direito e o futuro da democracia. – Noções gerais sobre o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. – A lei 12.529/2011 e os três principais pontos da reforma. – O experimentalismo democrático e o novo CADE. – Considerações finais.**

## Introdução.

O objetivo deste escrito é analisar, a partir das lições do professor Roberto Mangabeira Unger no livro “O direito e o futuro da democracia”, as principais reformas ocorridas no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) após a promulgação da Lei 12.529/2011[13], também conhecida como “Nova Lei do CADE” ou “Lei do super CADE ou do novo CADE”.

A explanação do tema foi organizada de maneira dedutiva. Isso porque primeiro serão expostas algumas ideias gerais desenvolvidas pelo professor Mangabeira, tais como “oportunidade transformadora”, “experimentalismo democrático”, “fetichismo institucional”, “análise jurídica racionalizadora”, dentre outras, para, somente então, uma vez consolidados alguns conceitos básicos, ser aplicada (ou ao menos se tentar aplicar) a doutrina do “experimentalismo democrático” na análise da política de defesa da concorrência do Brasil.

---

[12] Procurador-Federal lotado no CADE, graduado em direito pela UFPE (2006), especialista em Direito da Concorrência pela FGV/EDESP (2009) e em Regulação pela UNB (2010), membro do grupo de pesquisa “Controle de Constitucionalidade e Direitos Fundamentais” da UNB.

[13] A Lei nº 12.529/2011 foi publicada em 01 de dezembro de 2011 e tem *vacatio legis* de 180 dias, razão pela qual sua entrada em vigor está prevista apenas para o dia 29/05/2012.

O texto está divido em seis tópicos específicos. Além dessa introdução, constam (i) uma apertada síntese das lições do professor Mangabeira, (ii) algumas considerações gerais acerca da política de defesa da concorrência, (iii) breves anotações sobre as mudanças ocorridas no SBDC, (iv) uma confluência de ideias, ou melhor, a elaboração de um raciocínio hipotético, cuja finalidade é demonstrar como as lições do professor Mangabeira podem ser úteis para a reformulação do SBDC e, finalmente, (v) as considerações finais.

As pretensões do professor Mangabeira Unger com a sua obra "O direito é o futuro da democracia" são bem maiores, e mais importantes, do que o fim aqui explorado. Mangabeira esmiúça a maneira com que o direito e a análise jurídica interagem com o próprio regime democrático. Mais do que isso: questiona como podemos mudar a análise jurídica de forma que ela preencha sua vocação primeira em uma sociedade democrática e esclarecida, qual seja a de funcionar como instrumento para imaginarmos e debatermos futuros alternativos.

Não é propriamente uma teoria a ser aplicada restritivamente ao direito antitruste. Longe disso. O experimentalismo democrático discute, de maneira genérica, como as instituições, inseridas em um contexto democrático, podem ser repensadas e melhor aproveitadas como ferramentas do desenvolvimento social. Daí porque a teoria também pode ser utilizada para compreendermos as possibilidades diante da nova Lei 12.529/2011. Nada há de mais propício para o momento atual, no qual se reformula toda a política pública de defesa da concorrência do Brasil, do que o estudo do novo SBDC à luz do professor Mangabeira.

**O direito e o futuro da democracia.**

A vocação primária do direito em uma sociedade democrática é incentivar os cidadãos a imaginarem e debaterem futuros alternativos. Nesse sentido, o direito pode ser considerado como o lugar em que as democracias assumem forma institucional detalhada. Contudo, a vocação do direito está hoje presa a estruturas e a superstições institucionais, em razão do método de *análise jurídica racionalizadora* que prevalece. Sobre o assunto, pontua Mangabeira:

> (...) a incapacidade para passar do momento de cuidado com o gozo de direitos para o momento de reimaginação institucional é mais do

> que o eco silencioso no direito da imobilidade política da sociedade. Ela revela a influência de uma prática já canônica de análise jurídica: a que desfruta de cada vez mais influência pelo mundo todo, mas que até agora encontrou seu desenvolvimento mais articulado na doutrina e na teoria jurídicas norte-americanas. Vou chamá-la de análise jurídica racionalizadora, conferindo, para esse propósito, conteúdo específico para o termo racionalizadora (...) É uma forma conscientemente finalística de discurso, que reconhece que a atribuição de fins conforma o desenvolvimento interpretativo do direito. Sua principal diferença, contudo, é a de considerar políticas pública de bem estar coletivo e princípios de dever moral e político como o conteúdo característico dos propósitos orientadores. (UNGER, 2004, p. 53-54)

É preciso entender a pobreza auto-imposta ao pensamento jurídico contemporâneo. O avanço ao reconhecimento da essência empírica e revogável dos direitos de escolha é apenas o primeiro passo. O segundo é imaginar e construir juridicamente pluralismos alternativos, isto é, explorar, pela discussão programática ou pela reforma experimental, diferentes seqüências de mudanças estruturais. A teoria e a doutrina jurídica contemporâneas quase nunca dão o segundo passo. Os ideais de uma comunidade estão atados às instituições e práticas que os representam de fato. Isso gera uma incapacidade para imaginar possibilidades transformadoras que contamina o estudo social e a linguagem comum da política prática. Daí Mangabeira pontuar que:

> À medida que se difunde pelo mundo, a análise jurídica racionalizadora ajuda a interromper o desenvolvimento da dialética entre os direitos de escolha e as estruturas que tornam a autodeterminação individual e coletiva efetiva – uma dialética que constitui a própria vocação do direito contemporâneo. O modo mais importante pelo qual ela o faz é a resignação ao fetichismo institucional. Ela descreve as práticas e instituições estabelecidas juridicamente na sociedade como a aproximação a um esquema intelingível e justificável da vida em sociedade. (UNGER, 2004, p. 57)

Essa incapacidade moldou, por exemplo, um estilo dominante de filosofia política, que desconecta a formulação de princípios de justiça dos problemas da elaboração institucional, recusando-se a reconhecer o efeito de instituições sobre os desejos. O problema da elaboração institucional não é um problema de engenharia social circunstancial, razão pela qual não pode ser rebaixado pela filosofia política. O filósofo não pode deixar de considerar os defeitos e as contingências do arranjo institucional político e econômico herdado. É fundamental perceber que uma

sociedade de indivíduos livres e iguais pode percorrer diferentes caminhos de desenvolvimento institucional, que repercutiriam na distribuição de riqueza e de poder, bem como no tipo de relações sociais que surgiriam entre os indivíduos.

O estilo dominante de filosofia política não leva em conta à dualidade que é tema central do livro de Mangabeira Unger: pensar sobre ideais e interesses e pensar sobre instituições e práticas. Para se fazer justiça a essa dualidade, deve-se desenvolver, na imaginação e na prática, a compreensão dos interesses e dos ideais ao ajuste de suas formas concretas de realização. É nesse contexto que se fala em *experimentalismo democrático* e em *fetichismo institucional*.

O enfraquecimento da imaginação institucional fortalece superstições contrárias ao avanço do projeto democrático. O projeto democrático não pode ser resumido ao pluralismo partidário e à responsabilidade eleitoral do governo perante um eleitorado amplo. O projeto democrático caracteriza-se pelo esforço de conciliar dois gêneros de bens: o bem do progresso material e o bem da independência individual.

Havia uma crença no século XIX de que as buscas desses dois tipos de bens eram convergentes. Segundo Mangabeira, hoje lutamos para acreditar que elas não são contraditórias. O projeto democrático consiste, assim, no esforço de identificar as estruturas práticas que se situam na área de coincidência possível entre as condições de progresso material e as condições de independência individual. Tanto o progresso material quanto a independência individual dependem da aceleração do aprendizado coletivo pelo *experimentalismo democrático*, o que significa sujeitar práticas sociais a ajustes experimentais, com a finalidade de aprimorar instituições. Mangabeira trabalha com algumas reestruturações de institutos já consolidados no direito, como propriedade, herança e democracia política, demonstrando a possibilidade de repensar o direito e a sociedade a partir desses exemplos.

Interessantes as seguintes anotações do autor sobre o *experimentalismo democrático*:

> Mover-se numa certa direção de mudança institucional significa, implicitamente, preferir algumas variedades de experiência individual e coletiva a outras. Uma das virtudes de um conjunto de instituições – com a qual um democrata e um experimentalista deveriam estar especialmente preocupados – é a de ser relativamente universal em

> sua abertura à diversidade de experiência. Nenhuma ordem institucional, contudo, pode ser neutra entre formas de vida; ela pende a balança numa direção e noutra. A falsa meta da neutralidade obstrui o caminho do objetivo verdadeiro da diversidade experimental por ser dominada pela veneração fetichista do que deveriam ser consideradas estruturas falíveis e transitórias. (UNGER, 2004, p. 31)

Já o *fetichismo institucional* é a crença de que concepções institucionais abstratas como a economia de mercado, a democracia política e a sociedade civil, possuem necessária e naturalmente apenas uma única expressão institucional. Fetichismo institucional permeia os debates contemporâneos, informando o debate da política comum. Pode-se definir o fetichismo institucional também como sendo a identificação inibidora e injustificada de concepções institucionais abstratas, como a democracia representativa, com um determinado conjunto específico e contingente de estruturas institucionais.

Mangabeira Unger parte da premissa que as democracias políticas, as economias de mercado e as sociedades civis podem assumir uma pluralidade de expressões institucionais, muito diferentes daquelas existentes nas democracias industriais. Atitude fetichista encontra apoio em muitos discursos dominantes das ciências sociais. A respeitabilidade adquirida do fetichismo institucional deriva em grande parte de uma ideia implícita, que consiste na *noção de convergência* para um conjunto único de melhores práticas disponíveis no mundo.

De acordo com essa tese da convergência, a evolução institucional em âmbito mundial poderia ser explicada como uma aproximação, por tentativa e erro, às únicas instituições que seriam capazes de conciliar desenvolvimento econômico com respeito à liberdade política. A tese da convergência para as melhores práticas reforça a autoridade do projeto político do neoliberalismo, que constitui o empecilho mais ameaçador ao experimentalismo democrático.

Uma observação importante do professor Mangabeira Unger, sobretudo para a finalidade aqui pretendida, qual seja a de analisar a reforma da política de defesa da concorrência no Brasil, é a de que a mudança jurídico-institucional não ocorre apenas em momentos excepcionais de crises e revoluções. O experimentalismo democrático não fica esperando sua coroação pelo momento mágico da história. Ele

pretende coroar a si mesmo. A experiência re-construtiva não é um episódio misterioso e impenetrável. Nunca há propriamente um momento calmo que se segue ao período revolucionário. Daí o autor falar também em *oportunidade transformadora* como a chave para a investigação científica do mundo natural e também para os estudos sociais e históricos. Nesse sentido, explica:

> (...) entendemos como as coisas funcionam ao descobrir sob que condições, em que direções e dentro de que limites elas podem mudar. A inclusão de fenômenos reais em um campo maior de oportunidades não aproveitadas não é, para a ciência, uma conjectura metafísica: é um pressuposto operativo indispensável. O que vale para a ciência natural vale com grande força para toda a gama de estudos sociais e históricos. Juízos de possibilidade contra-fática, em grande medida implícitos, informam nossa percepção acerca de seqüências reais de mudança histórica e de forças reais na vida em sociedade. (UNGER, 2004, p. 11)

Outro aspecto relevante das lições do professor Mangabeira está relacionado às políticas públicas e à intervenção estrutural para a sua realização. O objetivo da *intervenção estrutural* é reestruturar uma organização social que frustre o gozo efetivo dos direitos. Tal intervenção combate um mal localizado e, portanto, remediável. O método dessa intervenção estrutural é avançar mais profundamente no fundo causal da vida coletiva do que a aplicação tradicional do direito permitiria, modificando as estruturas mais imediatamente responsáveis pelo mal combatido. Como exemplo, menciona o autor as intervenções judiciais em escolas e em prisões, quando o Poder Executivo não cumpre voluntariamente com suas obrigações constitucionais e legais.

A execução complexa de políticas públicas pode ser tanto estrutural quanto episódica e consiste em um procedimento necessário à vocação do direito contemporâneo de garantir o gozo efetivo dos direitos. Segundo Mangabeira, nenhum órgão dos sistemas presidencialista ou parlamentarista é qualificado para levar a cabo a execução complexa, seja por problemas de legitimidade política ou de capacidade efetiva. A essa tarefa falta o *agente adequado*. A melhor solução seria forjar um novo agente, um novo poder de Estado, concebido e dotado de recursos para conduzir a execução complexa, que é uma tarefa essencial à garantia do gozo de direitos. Na falta desse agente, o Poder Judiciário tem assumido o papel de executor da intervenção estruturante, de forma errática e incongruente.

Segundo Unger, a problemática da execução complexa joga luz sobre o desenvolvimento interrompido do pensamento jurídico contemporâneo. Ela mostra como a fidelidade ao direito e aos ideais a ele atribuídos (feitichismo institucional) pode levar, ainda que em pequena escala, aos experimentos institucionais que abertamente nos privamos de conduzir. Também demonstra a nossa incapacidade mais geral para dar o segundo passo de imaginar e construir alternativas institucionais a práticas sociais assentadas que frustrem o gozo de direitos.

O diagnóstico do professor Mangabeira é no sentido de que direito e doutrina jurídica foram incapazes de passar da sua declarada preocupação com o efetivo gozo de direitos para o desenvolvimento de oportunidades de transformação institucional. É nesse contexto que a análise jurídica racionalizadora interrompe a dialética entre os direitos de escolha e as estruturas que tornam as autodeterminações efetivas. Ela se conforma ao fetichismo institucional, ou seja, resigna-se com a descrição das instituições e práticas juridicamente estabelecidas como um esquema inteligível e justificável da vida em sociedade.

Além de atribuir a melhor aparência possível ao direito e às instituições sociais juridicamente definidas, a análise jurídica racionalizadora não permite que o jurista rejeite como erro uma parcela muito grande do entendimento convencional. Isso acabaria por expandir o poder de revisão da análise jurídica, perturbando o frágil equilíbrio da afirmação de que princípios e políticas públicas são descobertos dentro do direito.

Enfim, o feitichismo institucional e a análise jurídica racionalizadora atrapalham o desenvolvimento de práticas do experimentalismo democrático.

**Noções gerais sobre o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.**

O direito da concorrência, também conhecido como direito antitruste, é um dos importantes instrumentos utilizados pelo Estado para estimular o desenvolvimento econômico da sociedade. A partir da preservação da livre concorrência e do combate ao abuso de poder econômico, fomenta-se a competição entre os agentes de mercado e, em conseqüência, consegue-se a maximização do bem-estar dos consumidores, com a diminuição de preços e a melhoria na qualidade dos produtos.

Nesse sentido, a tutela da livre concorrência pode funcionar, para o Estado, como um instrumento de intervenção na economia. Sob esse ponto de vista, a análise contemporânea das normas do direito da concorrência não pode prescindir de sua consideração como técnica, ou seja, como um instrumento utilizado pelo Estado para realizar determinada política pública. Foi dessa forma que o direito antitruste foi tratado na Europa no período pós-guerra, sobretudo na segunda metade do século XX (FORGIONI, 2005, p. 88-90). A jurista Paula Forgioni anota que:

> (...) fixa-se a noção de concorrência-instrumento, pela qual esta não é um valor em si mesmo, não é um valor absoluto, mas um meio normal, eventualmente privilegiado, de obter o equilíbrio econômico. Daí derivam conseqüências importantes: se a concorrência não é um valor em si mesmo, pode ser sacrificada em homenagem a outros valores.(FORGIONI, 2005, p. 90)

Normativamente, a Constituição Federal, em seu art. 170, prevê a livre concorrência como princípio da ordem econômica e, em seu art. 173, § 4º, estabelece que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Esse é o fundamento constitucional do SBDC e, sobretudo, do CADE, órgão administrativo com jurisdição em todo o território nacional, com sede e foro no Distrito Federal, criado pela Lei nº 4.137 de 1962, transformado em autarquia federal pela Lei nº 8.884 de 1994 e, agora, reestruturado pela Lei nº 12.529 de 2011.

Dentre as incumbências principais do SBDC estão o dever legal de prevenir e de reprimir o abuso do poder econômico, bem como o de educar a sociedade acerca dos benefícios de uma ordem econômica livre e competitiva.

A atividade educativa, cujo fundamento legal está no inciso XIV do art. 9º da Lei 12.529/2011, o qual prescreve como competência do CADE “instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica”, é de suma importância para a preservação do princípio da livre concorrência. É que apenas é possível falar realmente em ‘livre mercado’ no Brasil a partir da vigência da atual Constituição e, sobretudo, depois das reformas administrativas ocorridas durante a década de 90, momento no qual o Estado, em diversos setores, deixou de intervir diretamente na economia como agente, passando a ser um ente predominantemente regulador.

Para uma grande maioria dos cidadãos, temas como "livre concorrência", "mercado relevante", "poder de mercado", "posição dominante" e "antitruste" não são comuns. Por isso o SBDC, na tentativa de difundir a ideia de proteção à concorrência como princípio constitucional, promove ações e diversas atividades para conscientizar a sociedade acerca da sua atuação.

Para tanto, o CADE, por exemplo, promove palestras e eventos sobre direito econômico e concorrencial, publica revista periódica[14] para fomentar o debate doutrinário sobre o direito antitruste e incentivar a produção acadêmica sobre a matéria, bem como promove, semestralmente, o intercâmbio de estudantes e de profissionais de vários países na sua sede[15], para que façam estágio de um mês trabalhando em alguns de seus departamentos.

Por sua vez, a atividade repressiva do SBDC, também conhecida como 'controle de condutas', está prevista no Título V ('Das Infrações da Ordem Econômica') da Lei 12.529/2011 e é exercida mediante o julgamento dos processos administrativos instaurados e instruídos pela Superintendência-Geral. Aqui é importante mencionar que, no controle de condutas, a Superintendência tem um papel de instrução preponderante, porquanto é ela quem coligirá, nos autos administrativos, a partir de diversos institutos que a Lei 12.529/2011 dispõe, tais como a busca e apreensão e o acordo de leniência, as principais provas que servirão de embasamento para decisão do CADE.

Tais processos, cuja natureza é administrativa sancionadora, buscam apurar condutas ilícitas conforme tipificação do art. 36 (e respectivos incisos) da Lei 12.529/2011,[16] bem como penalizar os agentes econômicos infratores com sanções, tais como a aplicação de multas (art. 37)[17] e/ou a determinação de obrigações de

---

[14] Trata-se da Revista de Direito da Concorrência, publicada pela IOB.
[15] É possível encontrar maiores informações acerca do programa de intercâmbio do CADE (PinCADE) no site: http://www.cade.gov.br/pincade/.
[16] Lei 12.529/2011, art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante.
[17] Lei 12.529/2011, art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas: I - no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu

fazer ou não fazer (art. 38)[18]. Dentre as principais condutas[19] reprimidas pelo CADE, podem ser citadas, como exemplo, o cartel (art. 36, §3º, incisos I e II),[20] o preço

---

a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; II - no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais); III - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo. § 1o Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro. § 2o No cálculo do valor da multa de que trata o inciso I do caput deste artigo, o Cade poderá considerar o faturamento total da empresa ou grupo de empresas, quando não dispuser do valor do faturamento no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, definido pelo Cade, ou quando este for apresentado de forma incompleta e/ou não demonstrado de forma inequívoca e idônea.

[18] Lei 12.529/2011. art. 38. Sem prejuízo das penas cominadas no art. 37 desta Lei, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente: I - a publicação, em meia página e a expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por 2 (dois) dias seguidos, de 1 (uma) a 3 (três) semanas consecutivas; II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, na administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a 5 (cinco) anos; III - a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor; IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:
a) seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito; b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos; V - a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade; VI - a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos; e VII - qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

[19] É importante ressaltar que essas condutas não são consideradas ilícitas *per se*, devendo, pois, haver criteriosa análise sobre o potencial efeito prejudicial à concorrência, segundo os critérios do caso concreto. Prevalece no Brasil o entendimento de que a Lei Antitruste adotou a chamada “regra da razão”.

[20] Lei 11.529/2011, art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: (...) §3º. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública; II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes.

predatório (art. 36, §3º, inciso XV)[21], a venda casada (art. 36, §3º, inciso XVIII)[22] e a recusa de venda (art. 36, §3º, inciso XI).[23]

Finalmente, o SBDC exerce sua atividade preventiva quando o CADE decide, após detida análise econômica, em sede de controle de estruturas, sobre as operações que se enquadram no disposto do Art. 88 da Lei 12.529/2011.[24] Aqui o CADE verifica a potencialidade de prejuízos à concorrência decorrente da

---

[21] Lei 11.529/2011, art. 36, §3º, XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo.

[22] Lei 11.529/2011, art. 36, §3º, XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem.

[23] Lei 11.529/2011, art. 36, §3º, XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais.

[24] Lei 11.529/2011, Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais). § 1º. Os valores mencionados nos incisos I e II do caput deste artigo poderão ser adequados, simultânea ou independentemente, por indicação do Plenário do Cade, por portaria interministerial dos Ministros de Estado da Fazenda e da Justiça. § 2º. O controle dos atos de concentração de que trata o caput deste artigo será prévio e realizado em, no máximo, 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar do protocolo de petição ou de sua emenda. § 3º. Os atos que se subsumirem ao disposto no caput deste artigo não podem ser consumados antes de apreciados, nos termos deste artigo e do procedimento previsto no Capítulo II do Título VI desta Lei, sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária, de valor não inferior a R$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), a ser aplicada nos termos da regulamentação, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 desta Lei. § 4º. Até a decisão final sobre a operação, deverão ser preservadas as condições de concorrência entre as empresas envolvidas, sob pena de aplicação das sanções previstas no § 3o deste artigo. § 5º. Serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o disposto no § 6o deste artigo. § 6º. Os atos a que se refere o § 5o deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos: I - cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade ou a competitividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes. § 7º. É facultado ao Cade, no prazo de 1 (um) ano a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadrem no disposto neste artigo. § 8º. As mudanças de controle acionário de companhias abertas e os registros de fusão, sem prejuízo da obrigação das partes envolvidas, devem ser comunicados ao Cade pela Comissão de Valores Mobiliários - CVM e pelo Departamento Nacional do Registro do Comércio do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, respectivamente, no prazo de 5 (cinco) dias úteis para, se for o caso, ser examinados. § 9º. O prazo mencionado no § 2º deste artigo somente poderá ser dilatado: I - por até 60 (sessenta) dias, improrrogáveis, mediante requisição das partes envolvidas na operação; ou II - por até 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada do Tribunal, em que sejam especificados as razões para a extensão, o prazo da prorrogação, que será não renovável, e as providências cuja realização seja necessária para o julgamento do processo.

concentração econômica e, se for necessário, pode impor restrições aos agentes econômicos ou até mesmo reprovar a operação analisada.

**A Lei 12.529/2011 e os três principais pontos da reforma.**

A reforma no SBDC veio para atender reivindicação antiga da comunidade jurídica e dos economistas que atuam com o direito da concorrência, os quais há muito demandavam uma melhor estrutura legislativa e administrativa para CADE, a fim de que este pudesse analisar de maneira mais célere os processos de infração antitruste (controle de condutas) e os atos de concentração econômica (controle de estruturas). Desde 2004 o projeto nº 3.937, o qual originou a Nova Lei do CADE, tramitava no Congresso Nacional. Vários são as mudanças verificadas na Lei 12.529/2011, quando comparada com a Lei 8.884/1994, a antiga Lei do CADE. É possível apontar, dentre as diversas alterações, três pontos de destaque referentes (i) à estrutura do CADE, (ii) ao controle preventivo e, finalmente, (iii) ao controle repressivo.

Quanto à estrutura, o CADE deixa de ser apenas um tribunal administrativo e passa a ser uma autarquia que engloba uma Superintendência-Geral, um Departamento de Estudos Econômicos e um Tribunal Administrativo de Defesa Econômica (art. 5º da Lei 12.529/2011).[25]

A Superintendência-Geral exercerá funções de investigação e de instrução de processos administrativos (função repressiva) que antes ficavam a cargo da Secretaria de Direito Econômico (SDE), mais especificamente do Departamento de Proteção e Defesa Econômica (DPDE), órgãos que estavam vinculados ao Ministério da Justiça. Além disso, adquire atribuição para instruir e oferecer pareceres em atos de concentração econômica, papel desempenhado, sob a égide da Lei 8.884/94, prioritariamente pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), órgão vinculado ao Ministério da Fazenda.

O Departamento de Estudos Econômicos (DEE), já existente no CADE antes mesmo do advento da Lei 12.529/2011, ganha disciplinamento legal. Até então, o

---

[25] Lei 12.529/2011, art. 5º. O Cade é constituído pelos seguintes órgãos: I - Tribunal Administrativo de Defesa Econômica; II - Superintendência-Geral; e III - Departamento de Estudos Econômicos.

DEE, órgão opinativo em matérias de cunho econômico, era disciplinado apenas de maneira infralegal, por meio de atos normativos do CADE.

O Tribunal Administrativo de Defesa Econômica é composto por seis conselheiros e um presidente, assim como era na sistemática da Lei 8.884/1994. Mantém a função de decidir, em última análise no âmbito do Poder Executivo, acerca da existência ou não de infrações à ordem econômica (art. 9º, II, c/c § 2º da Lei 12.529/2011),[26] bem como sobre a imposição de alguma restrição a concentrações econômicas, ou até mesmo reprovação, caso se verifique a potencialidade lesiva à concorrência (art. 9º, X, c/c § 2º da Lei 12.529/2011).[27] A diferença substancial em relação à competência julgadora do Tribunal, quando comparado com a da Lei 8.884/1994, é que agora os atos de concentração que não trazem preocupações concorrenciais não são mais submetidos à análise do Tribunal, mas aprovados diretamente pelo Superintendente-Geral (art. 13, XII, da Lei 12.529/2011).[28]

Em relação ao controle preventivo, a principal mudança é que o SBDC agora adotou o sistema de análise prévia de atos de concentração.

Na sistemática da Lei 8.884/1994, os agentes econômicos tinham que notificar determinada operação econômica ao CADE no prazo de 15 dias úteis contados da sua realização (art. 54, § 4º, da Lei 8.884/1994).[29] O CADE, por sua vez, tinha um prazo de análise de 60 dias (art. 54, § 6º, da Lei 8.884/1994).[30] Esse prazo, apesar de ter natureza peremptória, vez que sua não observância implicava a

---

[26] Lei 12.529/2011, art. 9º. Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei: (...) II - decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei; § 2º. As decisões do Tribunal não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições.

[27] Lei 12.529/2011, art. 9º, X - apreciar processos administrativos de atos de concentração econômica, na forma desta Lei, fixando, quando entender conveniente e oportuno, acordos em controle de atos de concentração.

[28] Lei 12.529/20121, art. 13. Compete à Superintendência-Geral: (...) XII - receber, instruir e aprovar ou impugnar perante o Tribunal os processos administrativos para análise de ato de concentração econômica

[29] Lei 8.884/1994, art. 54, § 4º. Os atos de que trata o caput deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao CADE e outra à Seae.

[30] Lei 8.884/1994, art. 54, § 6º. Após receber o parecer técnico da Seae, que será emitido em até trinta dias, a SDE manifestar-se-á em igual prazo, e em seguida encaminhará o processo devidamente instruído ao Plenário do CADE, que deliberará no prazo de sessenta dias.

aprovacão tácita da operação (art. 54, § 7º, da Lei 8.884/1994),[31] era diversas vezes suspenso para a realização de instrução processual (art. 54, § 8º, da Lei 8.884/1994).[32] Na prática, a análise de operações mais complexas podia demorar alguns anos.

Agora, pela sistemática da lei atual, a análise da concentração econômica é prévia à sua realização e o CADE tem um prazo geral de 240 dias, prorrogáveis por mais 60 dias, a requerimento das partes, ou por mais 90 dias, por decisão fundamentada do tribunal (art. 88, §§ 2º e 9º, da Lei 12.529/2011), para decidir acerca da operação econômica. Isso evita a eventual consolidação de situação de fato prejudicial à concorrência, uma vez que os agentes econômicos dependem do aval prévio do órgão antitruste para efetivar a concentração.

Além disso, houve mudança em relação aos critérios de notificação das operações econômicas. Antes, deveriam ser notificadas as concentrações em que (i) houvesse participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que (ii) qualquer dos participantes tivesse registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R$ 400.000.000,00.

Agora, não há mais um critério alternativo, mas sim cumulativo. É preciso que (i) pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) e que (ii) pelo menos outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais). Verifica-se que a participação de mercado não é mais um critério relevante para fins de notificação de concentrações econômicas.

---

[31] Lei 8.884/1994, art. 54, § 7º A eficácia dos atos de que trata este artigo condiciona-se à sua aprovação, caso em que retroagirá à data de sua realização; não tendo sido apreciados pelo CADE no prazo estabelecido no parágrafo anterior, serão automaticamente considerados aprovados.

[32] Lei 8.884/1994, art. 54, § 8º. Os prazos estabelecidos nos §§ 6º e 7º ficarão suspensos enquanto não forem apresentados esclarecimentos e documentos imprescindíveis à análise do processo, solicitados pelo CADE, SDE ou SEAE.

Finalmente, no controle repressivo, foi consideravelmente alterado o parâmetro para o estabelecimento das sanções pecuniárias por infração a ordem econômica. Segundo o art. 23 da Lei 8.884/1994, o valor da multa era, nos casos de empresas, no valor de 1% (um por cento) a 30% (trinta por cento) do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos, a qual nunca seria inferior à vantagem auferida, quando quantificável.

Pela sistemática da Lei 12.529/2011, mais especificamente do art. 37, inciso I, a multa para as empresas será de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação. Ou seja, além de reduzir o valor mínimo da multa para 0,1%, a nova legislação prevê que esse valor incidirá sobre o faturamento restrito ao ramo da atividade empresarial referente à conduta sancionada. A jurisprudência do CADE precisará definir o que essa expressão significa exatamente (uma das possibilidades é que se refira ao faturamento relacionado ao mercado relevante da conduta), mas desde já se verifica uma maior imprecisão legal em relação aos critérios para o estabelecimento da multa por infração antitruste.

Essas são, em síntese, as principais mudanças ocorridas com a promulgação da Lei 12.529/2011 no SBDC.

**O experimentalismo democrático e o novo CADE.**

De uma maneira geral, a comunidade jurídica e os economistas acolheram bem a Lei 12.529/2011. O Brasil era um dos poucos países no ocidente que ainda mantinha um sistema antitruste de análise posterior de concentrações econômicas. A análise prévia, por isso, é o principal ponto de destaque da reforma realizada.

Contudo, havia outros temas importantes que não foram debatidos em razão, provavelmente, do feitichimo institucional e da análise jurídica racionalizadora que prevalecem hoje, segundo diagnóstico de Mangabeira Unger. Dois assuntos específicos são aqui lembrados. Não houve, por exemplo, qualquer discussão acerca da necessidade ou não do controle antitruste, que poderia levar a extinção do

próprio CADE. Além disso, não se enfrentou o problema de quem seria o agente adequado, no sentido da expressão utilizada por Mangabeira, para praticar a política pública de defesa da concorrência.

Hoje, todas as economias capitalistas têm um sistema de repressão ao abuso de poder econômico. Contudo, existem diversos economistas e juristas, sobretudo mais ligados às correntes de pensamento liberal, que advogam a tese do fim do controle antitruste. A citar como exemplos, Dominick T. Armentano[33], Robert A. Levy[34] e Rodrigo Constantino[35].

Robert A. Levy, em novembro de 2004, publicou artigo bem didático em jornal norte-americano no qual resume os seguintes argumentos favoráveis ao fim do controle do abuso de poder econômico: a proteção antitruste governamental desvaloriza a ideia de propriedade privada; o direito da concorrência apresenta conceitos fluídos e pouco objetivos, que impedem os agentes econômicos de saber com precisão quais as condutas vedadas; a análise concorrencial é baseada em uma visão estática do mercado, enquanto este é muito dinâmico e prospectivo; os remédios antitrustes são desenhados por advogados e burocratas que conhecem muito pouco o mercado; o controle antitruste pode ser usado como instrumento político para fazer pressão em determinadas empresas e como instrumento de coerção de um empresário em relação a outro; as verdadeiras barreiras à entrada são criadas pelo próprio governo, através de leis que limitam a própria competição.

No que se refere ao agente adequado, hoje o SBDC é baseado em um controle administrativo. O CADE é uma autarquia vinculada ao Ministério da Justiça e, portanto, ligado ao Poder Executivo. Todas as suas decisões podem ser contestadas em face do Poder Judiciário, por conta do mandamento constitucional de inafastabilidade da jurisdição inscrito no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.[36]

---

[33] ARMENTANO, Dominick T.. **Antitrust: The Case for Repeal**. Disponível em <http://mises.org/Books/antitrust.pdf>. Acesso em: 10 de dez. 2011.
[34] LEVY, Robert. A.. **The Case Against Antitrust**. Disponível em <http://www.cato.org/pub_display.php?pub_id=2894>. Acesso em: 10 de dez. 2011.
[35] CONSTANTINO, Rodrigo. **A Economia do Indivíduo: O Legado da Escola Austríaca**. Disponível em <http://www.mises.org.br/EbookChapter.aspx?id=156>. Acesso em: 10 de dez. 2011.
[36] Constituição Federal, art. 5º, XXXV - A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

O sistema hoje, na forma como está estruturado, gera delongas indesejadas e um caso que espelha bem isso é o do ato de concentração nº 08012.001697/2002-89, mais conhecido como caso Nestlé-Garoto. Em fevereiro de 2004, o CADE vetou a compra da Garoto pela Nestlé, realizada em fevereiro de 2002. Passados quase dez anos da realização da operação, o caso ainda não está definitivamente decidido. A Nestlé tentou anular a decisão do CADE no Judiciário e, recentemente, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região decidiu que o CADE deveria analisar novamente a operação. A ação judicial ainda não transitou em julgado.

Essa demora para uma análise concorrencial definitiva não é condizente com a realidade dinâmica dos mercados e não favorece nenhum dos atores envolvidos: agentes econômicos, agentes governamentais e coletividade. A demora afeta diretamente o *enforcement* da decisão da autoridade antitruste e prejudica, por conseguinte, a própria política pública de defesa da concorrência. Hoje é sempre possível, após um bom período de análise administrativa pelo CADE, haver uma discussão no âmbito do Poder Judiciário, com todas as dificuldades de lentidão já conhecidas por quem trabalha na Justiça, ou já precisou dos seus serviços. Há, a princípio, três possíveis[37] soluções para esse problema.

Primeiramente, poder-se-ia atribuir diretamente a um órgão do Poder Judiciário, semelhantemente como ocorre no sistema norte-americano, a competência para decidir acerca das questões antitruste. Isso evitaria a duplicidade de instâncias administrativa e judicial debatendo a mesma questão. Segundo, seria possível prever a supressão de instâncias judiciais para questões concorrenciais, de maneira que as decisões do CADE apenas fossem contestadas perante tribunais. Terceira solução seria a de excetuar o CADE e as suas decisões da análise judicial. Seja por questões políticas, seja por questões técnicas, essas soluções não fizeram parte dos debates da Nova Lei do CADE e da oportunidade transformadora por qual passou o SBDC.

A percepção de que os problemas aqui elencados ou tem soluções inconstitucionais, ou contrariam teorias e instituições jurídicas consolidadas, pode

---

[37] Possíveis não no sentido de soluções constitucional ou legalmente aceitas. Simplesmente no sentido de soluções existentes, sobretudo a partir de uma perspectiva de experimentalismo democrático.

estar contaminada pelo feitichismo institucional. Há, para os operadores do direito concorrencial de uma maneira geral, uma propensão de inibir a discussão pautada em bases jurídicas tão abstratas como as aqui propostas. A respeitabilidade adquirida do fetichismo institucional, instrumentalizada pela análise jurídica racionalizadora, deriva, em grande parte, de uma ideia implícita de convergência para um conjunto único de melhores práticas disponíveis no mundo. Será que a necessidade de controle antitruste pelo Estado decorre de um feitichismo? Será que não haveria outro agente mais adequado do que o CADE, mais eficaz, para implementar a política de defesa da concorrência no Brasil?

Não há respostas diretas para esses questionamentos. O importante é utilizar o experimentalismo democrático e o seu comprometimento com o debate, no intuito de se aprimorar as instituições do direito da concorrência.

**Considerações finais.**

Acredita-se que o grande mérito das lições do professor Mangabeira Unger não está necessariamente nas respostas geradas a partir da sua tese de experimentalismo democrático, mas sim nas perguntas. Ele diagnóstica de maneira bem precisa a função do direito nas sociedades democráticas e as falhas existentes na aplicação do raciocínio jurídico para a reconstrução das instituições. Cria no jurista, com isso, um espírito crítico necessário para o exercício de sua profissão.

O direito da concorrência no Brasil vive um período impar, uma oportunidade transformadora em sua história. As mudanças trazidas pela Lei 12.529/2011 atenderam, de uma maneira geral, às demandas de vários setores da economia e do direito, sobretudo no que se refere à análise prévia de atos de concentração.

Contudo, é preciso enxergar além das barreiras impostas pelo raciocínio jurídico prevalente, de maneira que se possa não apenas compreender as instituições criadas pela Lei 12.529/2011, mas também transformá-las. Talvez o experimentalismo democrático não indique com precisão os caminhos corretos, mas, certamente, iluminará de um modo bastante pertinente os lugares nos quais podem estar os equívocos.

**REFERÊNCIAS**

ARMENTANO, Dominick T.. **Antitrust: the case for repeal**. Disponível em http://mises.org/Books/antitrust.pdf. Acesso em: 10 de dez. 2011.

BRASIL. Lei 8.884, de 11 de junho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm>. Acesso em: 09 de dez. 2011.

BRASIL. Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 09 de dez. 2011.

CONSTANTINO, Rodrigo. **A Economia do Indivíduo: O Legado da Escola Austríaca**. Disponível em < http://www.mises.org.br/EbookChapter.aspx?id=156>. Acesso em: 10 de dez. 2011.

LEVY, Robert. A.. **The Case Against Antitrust**. Disponível em <http://www.cato.org/pub_display.php?pub_id=2894>. Acesso em: 10 de dez. 2011.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia**. Tradução de Caio Farah Rodriguez e Marcio Soares Grandchamp. São Paulo: Boitempo, 2004.

# CAPÍTULO 3

# A LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

**Jonathas Bezerra Silva**[38]

**DOI 10.11117/9788565604048.03**

**Resumo:** Este artigo se propõe a discutir o caráter central dos direitos fundamentais no subsistema constitucional. O poder judiciário tem legitimidade para concretizar direitos fundamentais em situações de equilíbrio (constituição normativa) e de desequilíbrio institucional (constituição simbólica), porque a ele é inerente o caráter decisório.

**Palavras-chave:** sistema, constituição simbólica, constitucionalismo, legitimidade, decisão, concretização e direitos fundamentais.

**Abstract**: This article aims to discuss the central character of fundamental rights in constitutional subsystem. The judiciary has legitimacy to realize the fundamental rights in situations of equilibrium (normative constitutition) and institutional imbalance (symbolic constitution) because it is inherent the character decision-making.

**Keywords:** system, symbol constitution, constitutionalism, legitimacy, decision, achievement and fundamental rights.

## 1. Introdução

[38] Acadêmico de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Membro do Grupo de Estudos em Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais e Membro do Grupo de Estudos em Experimentalismo Institucional. E-mail: jonathasbezerrasilva@yahoo.com.br

A Constituição é a compilação normativa que representa um conteúdo social e historicamente desenvolvido. Desenvolvido no sentido de contingente. A Constituição, na sua materialidade e na sua formalidade, é a representação simultânea de um *framework* geral (da sociedade moderna ou da contemporaneidade) e particular (dada à variabilidade de conteúdo material e formal das sociedades singulares).

Enquanto conquista histórica (e como aquisição evolutiva), a consolidação instrumental do constitucionalismo na Constituição figura uma nova forma da sociedade apresentar-se ao direito, utilizando-se, paralelamente, dos subsídios da política. Essa nova figura não é tão nova como parece; é, em verdade, o resultado da remodelação dos significados do termo "constituir" ao longo dos tempos.

Constituir para quê? Constituir, *a priori*, parece remeter à agregação. Agregação de elementos que compõe algo. Agregação com finalidade. É própria das sociedades essa motivação para a reunião, esse intento de corporificar o abstratamente incorporificável. É neste limiar que, aqui, pretende-se discutir o movimento do constitucionalismo em relação aos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais figuram um problema a ser conservado pela democracia; o problema cotidiano de percebê-los como fundamentais. Eles têm que ser levados a sério. São ideais transformados, institucionalizados, que se revertem do real, do impossível, mas que, ainda assim, devem sempre ser almejados, requisitados e incluídos.

## 2. Noção de Constituição: conceito e função no Estado Democrático de Direito

As discussões tradicionais sobre o conceito de Constituição conduzem a uma pluralidade de sentidos que lhe é subjacente. O professor Marcelo Neves, em seu livro "A constitucionalização simbólica", afirma que a Constituição se caracteriza, especialmente, pela sua plurivocidade e pela mutação significativa do seu sentido em diferentes momentos históricos.

No contexto contemporâneo, a Constituição pode ser entendida como "fator e produto da diferenciação funcional entre direito e política" (NEVES, 2007, p. 65) e a

constitucionalização "apresenta-se como o processo através do qual se realiza essa diferenciação".

De mais a mais, Constituição é o acoplamento estrutural entre direito e política, no sentido luhmanniano, situação em que os sistemas autopoiéticos do direito e da política se interferem mutuamente, depois de estabelecido um fechamento operacional de cada um dos sistemas ao ambiente e, por conseguinte, firmada a abertura cognitiva em relação à sociedade. Poder e Direito relacionam-se nesse acoplamento por meio da mediação, de relações recíprocas de dependência e interdependência.

A Constituição, enquanto subsistema do sistema jurídico apresenta-se de forma autônoma aos processos reais de poder, condicionando-os; estrutura expectativas normativas em normas constitucionais e estabelece um núcleo essencial de proteção: a garantia dos direitos fundamentais e a limitação do poder estatal. Constitui, ademais, a própria realidade, ao passo que "os procedimentos decisórios, tanto constituintes como de concretização constitucional, filtram as expectativas jurídico-normativas de comportamento, transformando-as em normas constitucionais vigentes" (NEVES, 2007, p. 64).

A função do Direito, em uma sociedade moderna, diferenciada funcionalmente, é, na expressão de Luhmann, generalizar, de forma congruente, expectativas normativas. À política, por seu turno, é cabida a decisão coletivamente vinculada de determinados fins sociais. Depreende-se dessa relação que:

> Como a política consiste em uma espécie de lastro reserva na solução de problemas que ameacem a integração, ela certamente tem de poder se comunicar pelo *medium* do direito com todos os demais campos de ação legitimamente ordenados, seja qual for a maneira como eles se estruturem ou direcionem. (HABERMAS, 2006, p. 284)

A Constituição, enquanto acoplamento desses dois sistemas especializados, instaura em normas constitucionais expectativas de comportamento estabilizadas de modo contrafáctico. Isso implica uma dimensão real da Constituição, enquanto elemento resultante da comunicação entre sistemas da sociedade, pois:

> "A vigência das normas constitucionais não decorre, apenas, do procedimento constituinte e da reforma constitucional como processos de filtragem especificamente orientados para tal fim, mas

> também da concretização constitucional como pluralidade de processos de filtragem. (NEVES, 2007, p. 68).

Em suma, a constituição se estrutura a partir de normas que retratam expectativas e opera mediante as comunicações que fundamentam estas expectativas e as alicerçam. Daí porque:

> "Constituição é, nesse sentido, um espelho da publicidade e da realidade. Ela não é, porém, apenas o espelho. Ela é, se se permite uma metáfora, a própria fonte de luz. Ela tem, portanto, uma função diretiva eminente. (HABERLE, 2002, p. 34)

A abertura cognitiva da Constituição permite a intensificação do caráter reflexivo das normas que a integram, à luz da metáfora do espelho. A positivação destas expectativas em normas constitucionais vigentes indica o caráter autopoiético do sistema do direito. A constituição é parâmetro tanto para a aplicação, como para o estabelecimento de normas gerais. O professor Marcelo Neves retrata esse fenômeno como a condição de reprodução autopoiética do sistema do direito moderno. Seja na criação de normas gerais, seja na concretização de direitos fundamentais por meio da criação de normas jurídicas individuais, a base normativa central – a Constituição – funciona como espelho de todo sistema, pois, ao mesmo tempo em que fornece todos os elementos necessários à criação de decisões políticas sobre algo, exige que o sistema constitucional reflita sobre as bases que o estruturam.

O direito constitucional elucida, nessa esteira de intelecção, um limite sistêmico-interno para a capacidade de aprendizado do direito positivo que, ao mesmo tempo, dá abertura cognitiva ao sistema, ensejando uma circularidade entre criação e aplicação do direito.

Some-se a isso a função descarregante da Constituição, que engendra o não-alinhamento com concepções totais de caráter religioso, moral, filosófico ou ideológico, capazes de produzir "efeitos disfuncionais para o direito, na medida em que falta sintonização entre jurídico subcomplexo e ambiente supercomplexo." (NEVES, 2007, p. 73). Ao revés, torna coerentes os dispositivos constitucionais com a supercomplexidade da sociedade moderna, na medida em que reconhece como basilar o princípio da não-identificação.

Outrossim, é função da Constituição a institucionalização de direitos fundamentais, que servem ao desenvolvimento de comunicação entre sistemas em diversos níveis. Em especial, no contexto de Estado de Bem-estar Social, é essencial a institucionalização de direitos fundamentais sociais, como medida de realização do princípio da inclusão.

Ademais, a institucionalização desses direitos requer o estabelecimento de uma divisão sadia entre poderes, em que processos decisórios são conduzidos pelo direito e o poder político é delimitado por uma esfera jurídica autônoma. Há, em relação a esse pressuposto, um problema: o risco da desdiferenciação entre direito e política e a fragilização das expectativas normativas catequizadas pelo Estado Democrático (e Social) de Direito. Nesse limiar:

> (...) o sentido mais profundo daquilo que tradicionalmente se denominada divisão ou separação de poderes encontra-se na pluralidade de procedimentos que caracterizam o Estado Democrático de Direito. Este não se legitima a partir de uma única instância procedimental, mas sim com base em uma diversidade complexa de procedimentos. Nessa perspectiva, proponho uma releitura do discutível princípio da separação de poderes como princípio da pluralidade e circularidade de procedimentos do Estado de Direito. (NEVES, 2006, p. 186)

Não obstante a primazia da separação de poderes no âmbito constitucional democrático, entende-se, aqui, que essa repartição de papéis não deve coadunar com a desídia de poderes que agem furtivamente e não realizam a concretização dos direitos fundamentais. O limite à separação de poderes alcança os limites para o bom funcionamento e para o controle das instituições estatais, ao passo que essa divisão funcional surge como condição da circularidade dos sistemas do direito e da política.

Urge anotar que o risco da desdiferenciação do direito e da política por meio da interferência de uma poder nas esferas de ação do outro provém, de início, da negligência institucional em promover a normatização dos direitos. A despeito de seu papel democrático, poderes lenientes com o desrespeito aos direitos fundamentais sacralizam relações de poder e não possibilitam a inclusão pluralística nas esferas políticas existentes.

Como passo a expor, a realização dos direitos fundamentais é função institucional do Estado Democrático de Direito. Quando este não a exerce, há sinal de fragilidade dos instrumentos de poder. Para a conservação dos seus princípios fundadores, é vital que alguém alicerce o caráter democrático do Estado, tão somente na realização dos direitos fundamentais, sem valer-se, para tanto, de uma ideologia autocrática que rompe com as idéias do constitucionalismo moderno.

## 3. O risco do esvaziamento dos Direitos Fundamentais: Constitucionalismo Simbólico

A norma constitucional é vigente na medida em que se concretiza. O texto, por si só, não é capaz de dotar a norma jurídica de normatividade. Precisa, para isso, de um processo de concretização, que ultrapassa os limites da literalidade do texto esposado em cartas constitucionais.

A norma jurídica constitui-se, segundo Friedrich Müller, de um programa normativo (dados lingüísticos) e de um plano para aplicação desses programas, o âmbito normativo (dados reais).

Normatividade refere-se a uma:

> (...) propriedade dinâmica da norma jurídica de influenciar a realidade a ela relacionada (normatividade concreta) e de ser, ao mesmo tempo, influenciada e estruturada por esse aspecto da realidade (normatividade materialmente determinada). (NEVES, 2007, p. 84)

O âmbito normativo, por sua vez, relaciona-se com a função seletiva desenvolvida na aplicação desses programas com base em determinadas matérias e casos concretos.

É salutar a ideia de que a norma jurídica só é produzida no decorrer do processo de sua concretização. Procedimentos formais e a atividade constituinte não são procedimentos aptos a produzir uma norma jurídica geral. Tendo isso em conta, é necessário afirmar o conteúdo normativo das normas com possibilidades reais de aplicação, sob pena de o contrário esvaziar o conteúdo semântico dos dispositivos constitucionais e, conseqüente, dos direitos fundamentais. O contrário enunciado é um risco democrático, que se apresenta como risco de legitimidade do direito e da política, enquanto sistemas da vida em sociedade.

A esse processo de concretização de normas jurídicas é essencial a inclusão do público pluralisticamente organizado no processo de interpretação e concretização constitucionais. De par com isso, Häberle propõe uma sociedade aberta dos intérpretes, constituída de uma esfera pública pluralista, envolvida na concretização constitucional através da participação pluralística no âmbito de aplicação e de interpretação da Constituição, de forma que esse exercício se destine à normatização dos direitos no plano real.

Quando o texto constitucional não corresponde necessariamente à realidade, e não concretiza as expectativas que propõe tutelar normativamente, fala-se em Constituição simbólica. Aqui, a Constituição não se realiza enquanto "estatuto jurídico do político" (expressão de Canotilho), nem ao menos aperfeiçoa seus dados lingüísticos em possibilidades do real.

No mais, as expectativas normativas não se orientam de forma coerente com os mandamentos constitucionais. Em suma, a constituição simbólica carece de normatividade e não realiza a função do direito, pois não é dotada de normatividade. A propósito:

> Ao texto constitucional não corresponde normatividade concreta nem normatividade materialmente determinada, ou seja, dele não decorre, de maneira generalizada, norma constitucional como variável influenciadora-estruturante e, ao mesmo tempo, influenciada-estruturada pela realidade a ela coordenada. (NEVES, 2007, p. 92)

Por ser simbólica, esta constituição não é capaz de afirmar sua própria juridicidade, porquanto não realize o fechamento operativo do sistema do direito e fragilize sua abertura cognitiva.

Diagnosticamente, diz Neves, o problema em questão pode resultar da não inclusão da esfera pública pluralista no processo de concretização constitucional, bem como pode referendar a um processo de normatividade restrita ou, ainda, a uma realidade constitucional excludente do público.

O simbolismo desta constituição pode comprometer o núcleo de toda a estrutura operacional do direito e da política, pois as relações de poder podem interferir de forma direta no processo de concretização das normas constitucionais.

Enquanto metalinguagem do sistema jurídico, o direito positivo encontra-se comprometido de forma geral num contexto simbólico, pois o núcleo central do sistema jurídico constitucional – direitos fundamentais, separação de poderes, eleição democrática e igualdade perante a lei – informa todo o sistema do Direito.

Embora o simbólico, em situações normais, seja aspecto vital ao desenvolvimento político-ideológico das normas, ele pode incutir no sistema, em proporções anormais, uma paralisação no processo de concretização das normas, na medida em que a práxis institucional dos órgãos estatais não realizam seu papéis e, também, as expectativas normativas não são realizadas.

A diferença entre a constituição simbólica e a constituição que realiza expectativas normativas generalizadas de forma congruente (normativa) encontra-se na hipertrofia daquela em detrimento do sentido jurídico-instrumental dos dispositivos constitucionais. A natureza simbólica torna a o direito pecaminoso quando

> (...) há antes uma intersecção entre simbólico ideológico do que um desenvolvimento ético da consciência jurídica, na medida em que se imuniza o sistema política contra outras possibilidades e transfere-se a solução dos problemas para um futuro remoto. (NEVES, 2007, p. 101)

Tornar a constituição um álibi para discursos de governantes e legisladores que apenas visem à manutenção do poder é um aspecto que evidencia a ruptura da ordem constitucional. A constitucionalização-álibi é, antes de tudo, uma manifestação da hipertrofia simbólica da constituição, ante a disparidade radical entre práxis de poder e normas constitucionais.

O perigo de esvaziamento do sentido dos dispositivos constitucionais é fomentado pela interpretação marginal dos direitos fundamentais e possibilitado pela instrumentalização do poder por contornos específicos (não-plurais).

**4. O caráter decisório do Direito: Função e legitimidade do Poder Judiciário na concretização de normas constitucionais**

O modo de superar o excesso de simbolismo no contexto constitucional requer o reconhecimento da plurivocidade dos termos constitucionais e das

expectativas neles agregadas, bem como ter por legítima toda a complexidade social.

A sociedade complexa (que decide sobre os mais variados aspectos da vida) lida com a contingência (risco de desapontamento). Esse lidar com aspectos contingentes da vida social requer um processo interpretativo-concretizador, um modo de pensar problemático e o estabelecimento de uma esfera pública pluralista. Requer, igualmente, um agir pragmático, de enfrentamento aos problemas concretos e de tomada de decisões racionais, que justifiquem o conteúdo semântico do Estado Democrático de Direito. A par disso, resta uma inquietação àqueles que aplicam e interpretam o direito:

> Como conciliar o ato de justiça, que deve sempre concernir a uma singularidade, indivíduos, grupos existências insubstituíveis, o outro ou eu *como* outro, numa situação única, com a regra, a norma, o valor ou o imperativo de justiça, que têm necessariamente uma forma geral, mesmo que essa generalidade prescreva uma aplicação que é, cada vez, singular? (DERRIDA, 1990, p. 31)

Em outras palavras, como tomar decisões concretizadoras dos direitos fundamentais num plano em que as escolhas nem sempre interagem em prol da inclusão? Ou, ainda, de que forma enfrentar situações em que o contexto político e as relações de poder delineiam os direitos fundamentais a partir de recursos simbólicos? Por derradeiro, de que maneira devemos lidar com a fragilidade dos órgãos estatais em desempenhar sua função de estabilização de expectativas normativas?

Na linguagem de Habermas, a busca por ações constituintes e concretizadoras implora por uma coordenação de atos de entendimento da coletividade, estabelecidos democrática e sinceramente pelos participantes, por meio de uma interação intersubjetiva sapiente.

No plano da atividade judiciária e do embate relações de poder e direitos fundamentais, essa coordenação enseja o exame acerca da legitimidade do poder judiciário para decidir sobre questões que fogem ao seu controle, mas que se relacionam, inteiramente, com o propósito de sua atuação. Em síntese, o quê de legitimidade tem os juízes para agir de forma direta na concretização de direitos fundamentais, isto é, de que forma podem agir. Preliminarmente:

> A legitimidade pode ser definida como a qualidade ética do direito, a maior ou menor possibilidade para que ele alcance um ideal de perfeição. E o princípio da legitimidade é o imperativo ético que impõe a todo o ordenamento jurídico que seja legítimo. Esse ideal de perfeição ao qual o princípio se refere é um espaço privilegiado da ideologia, sendo geralmente identificado com a justiça ou com certos valores apresentados como conquistas da humanidade, principalmente a liberdade política, as igualdades econômicas e social e os direitos humanos. (COELHO, *in:* FERREIRA, GUANABARA e LOMBARDO, 2009, p. 143)

No caso do Judiciário, a legitimidade de sua atuação alcança a qualidade ética do direito que é a justiça. Em outras palavras, justiça deverá ser entendida como o impulso valorativo necessário à realização dos direitos fundamentais, no sentido de que a busca pela sua concretização revestirá de legitimidade um poder institucionalmente encarregado de aplicar o direito nas situações concretas da vida. Também:

> A interpretação constitucional realizada pelos juízes pode-se tornar, correspondentemente, mais elástica e ampliativa sem que deva ou possa chegar a uma identidade de posições com a interpretação do legislador. Igualmente flexível há de ser a aplicação do direito processual constitucional pela Corte Constitucional, tendo em vista a questão jurídico-material e as partes materialmente afetadas. A íntima relação contextual existente faz-se evidente também aqui. (HABERLE, 2002, p. 48)

A legitimidade dos tribunais para converter expectativas em direitos concretizados está na delimitação hermenêutica das normas constitucionais. Para tanto:

> (...) os tribunais devem ser extremamente cautelosos na aferição da legitimidade das decisões do legislador democrático. (...) Um *minus* de efetiva participação deve levar a um *plus* de controle constitucional. A intensidade do controle de constitucionalidade há de variar segundo as possíveis formas de participação. (HABERLE, 2002, p. 44/46)

As constituições modernas incorporam, de modo explícito, princípios e opções políticas. Isto significa que a compreensão do conteúdo político dos textos constitucionais imprescinde do exame jurídico acerca das opções normativas e filosóficas existentes dentro do próprio sistema constitucional. Em outros termos:

> O direito processa, de um modo que nenhum outro sistema pode fazer, expectativas normativas capazes de se manterem em situação de conflito. Não pode, é claro, garantir que estas expectativas não se vejam desapontadas. Mas pode assegurar que possam ser mantidas como expectativas, ainda no caso de desapontamento, e que se

> pode sabê-lo e comunicá-lo com antecedência. (LUHMANN, 1994, p. 05)

A manutenção das expectativas normativas pelo direito, apesar dos riscos de desapontamento, reforça o caráter central dos tribunais no processo de implementação da normatividade constitucional em um Estado Democrático, já que "a importância das organizações formais é tal que, não apenas o direito, mas também nenhum sistema social, delas pode prescindir." (CORSI, 2001, p. 05)

A atuação judiciária na concretização de direitos fundamentais, especialmente os sociais, elucida o conteúdo político dos textos constitucionais e o crescimento da tutela do poder judiciário sobre as políticas públicas existentes. Esse contexto de centralidade representa o ativismo judicial. Essa prática infirma os ideais originários acerca da divisão de poderes e nos leva ao enfrentamento das questões que dizem respeito à legitimidade. O ativismo judicial que aqui se elucida não alcança a ideia de uma responsividade irrefletida do poder judiciário diante dos problemas constitucionais, mas enuncia uma postura que problematize as noções de objetividade e neutralidade das decisões judiciais, a fim de que o procedimento de concretização dos direitos fundamentais alcance não apenas a forma, mas também a substância dos princípios embutidos no texto constitucional. Em outras palavras:

> O grande problema da pretensão de objetividade e neutralidade plenas das decisões judiciais é, precisamente, que ela não passa de uma pretensão, incapaz de submeter a totalidade dos casos. Pior: ela fraqueja exatamente nas situações em que, pelo teor político ou pela multiplicidade de alternativas, não há um único resultado possível. Ao menos nos casos difíceis, a ideia de princípios neutros será inócua, pela necessidade de se pesarem valores contrapostos e avaliá-los relativamente aos diferentes fatores presentes no caso concreto. A ideia de princípios neutros não contém em si qualquer sinalização útil acerca de qual seja o conteúdo que esses princípios devem ter. Trata-se de mera forma, sem substância. (BARROSO, 1996, p. 254/255)

A forma de participação do judiciário na aferição de legitimidade das decisões de outros poderes reivindica a consideração harmônica da divisão de poderes. Separação, aqui, não pode significar sobreposição, mas sim atuação coordenada.

O judiciário tem como pressuposto de sua atuação a necessidade de decidir e solucionar conflitos no plano real. O "instante da decisão é uma loucura"

(KIEKEGAARD, *in* Derrida, 1990, p. 52). Neste momento, o judiciário não pode se valer da incerteza acerca dos pressupostos institucionais de sua organização para não-decidir, em especial quando se decide sobre a concretização de direitos fundamentais.

Aos juízes não é admissível o *non liquet*. A eles não é devida a desconsideração dos problemas concretos em conflito por ocasião de uma indeterminação jurídica que dificulte sua tomada de decisão. Reparem que:

> *Decisão* aparece inicialmente como termo correlato de conflito, o qual está entendido como o conjunto de alternativas que surge da diversidade de interesses, da diversidade no enfoque de interesses, da diversidade de avaliação das condições de enfoque, sem que prevejam parâmetros qualificados de solução. Por isso mesmo, o conflito exige decisão. (...) procedimento complexo em face de situação caracterizada pela insegurança. Podemos dizer, nesse sentido, que sua finalidade última é a *absorção de insegurança*. (FERRAZ JR., 2008, p. 287)

Assim sendo, a atividade de decidir exige que se estabilizem expectativas como alternativas à situação de conflito. Decidir implica escolhas. Ao escolher, o juiz deve estar ciente de que ele deve mediar conflitos e tornar situações indecidíveis em decisões com efeitos na realidade. Em verdade:

> Absorção de insegurança significa, pois, que o ato de decidir transforma incompatibilidades indecidíveis em alternativas decidíveis, ainda que, num momento subseqüente, venha a gerar novas situações de incompatibilidade eventualmente até mais complexas que as anteriores. (...) se o conflito é incompatibilidade que exige decisão é porque ele não pode ser dissolvido, não pode acabar, pois então não precisaríamos de decisão, mas de simples opção que já estava, desde sempre implícita entre as alternativas. Decisões, portanto, absorvem insegurança, não porque eliminem o conflito, mas porque o transformam. (FERRAZ JR., 2008, p. 288)

Da atividade de decidir decorre uma responsabilidade. A omissão do julgador em concretizar direitos fundamentais, ensejando o caráter simbólico da constituição, é um risco para a democracia. Essa omissão, ao transformar expectativas em símbolos não normatizáveis, retira legitimidade do judiciário na atribuição de sentido às normas constitucionais e na resolução de conflitos da ordem social.

A desídia do judiciário, silente com a fugacidade das escolhas das outras esferas de poder na concretização de direitos fundamentais, implora por uma noção de responsabilidade. Algo como um *accountability*. De se ver que:

> *Accountability* é tema correlato às discussões acerca da efetividade das instituições inerentes ao Estado democrático. O termo corresponde tanto à capacidade de o governo informar, explicar e responder pelos atos cometidos como também à capacidade de impor sanções aos agentes públicos que violam as obrigações. (ROMEO, *in:* FERREIRA, GUANABARA e LOMBARDO, 2009, p. 174)

A noção de *accountability* se liga à efetivação dos papéis das instituições existentes no Estado Democrático de Direito, que controlam o poder estatal, garantindo-lhe legitimidade democrática. No caso, a inexecução dos papéis do judiciário evoca, de pronto, a ideia de um *accountability horizontal*, que concerne ao controle dos poderes institucionalmente organizados entre si mesmos, de forma a permitir o "funcionamento pleno da democracia representativa" (RÔMEO, 2009, p. 179). Mas não só a via horizontal desse controle destina-se a rediscussão dos papéis institucionais existentes, pois outras vias, vertical e societal, ampliam o caráter democrático das decisões institucionais e exigem responsividade das instituições estatais na consecução dos fins públicos.

O *non liquet* dos juízes indica um desvio de legitimidade da atividade judicante. A intervenção do judiciário em conflitos que envolvam a concretização de direitos fundamentais, que por motivos injustificáveis não foi implementada pelas outras esferas de poder, implica não só a noção de ativismo judicial, mas a responsabilidade institucional que ele deve assumir na afirmação destes direitos.

Quando se fala em inclusão, deve ser lembrada a função descarregante do direito, que é também uma função da sociedade. A não-identificação com interesses específicos induz a uma congruente generalização de expectativas normativas. Essa generalidade é inerente à atividade de decidir, que precisa afirmar o núcleo essencial constitucional: os direitos fundamentais. Só assim se realiza a normatividade. Somente assim, os dados lingüísticos dos dispositivos constitucionais naturalizam expectativas reais acerca dos direitos. Passo, assim, ao seguinte prelúdio:

> Ora, a justiça, por mais inapresentável que permaneça, não espera. Ela é aquilo que não deve esperar. Para ser direito, simples e breve, digamos isto: uma decisão justa é sempre requerida *imediatamente*, de pronto, o mais rápido possível (DERRIDA, 1990, p. 51)

A desdiferenciação entre direito e política se transforma em risco para a democracia, apenas quando os fatores reais de poder dissimulam as práticas institucionais e promovem uma reação simbólica à concretização dos direitos fundamentais. Aqui, o que se propõe não é uma análise acerca de formas de técnica de decisão, ou mesmo de formas de procedimentos para decidir, mas sim estabelecer um vínculo finalístico para a atividade judicante, qual seja a realização de direitos fundamentais. De se ver, o que inspira a atividade interpretativa do direito é a sua ligação com a realidade e o poder de transformá-la. Ao ensejo:

> Não há valores no Direito capazes de serem considerados do tipo que sustenta uma política? O fato de os juízes perseguirem esses valores sob o signo da universalizabilidade faz, de fato, com que suas decisões tenham que ser sempre de princípio. Mas isso não significa que essas decisões exijam a pré-identificação de direitos com uma rota para encontrar os princípios. Eu afirmaria, em vez disso, que os direitos são conseqüências em relação às decisões de princípios que fazemos no campo jurídico, e não que são pressupostos por elas. (MACCORMICK, 2008, p. 160)

Segundo MacCormick, a aplicação do direito envolve sempre uma atividade interpretativa, no sentido de que a norma positivada, dotada de autoridade, necessita ser entendida, antes de ser aplicada ao caso concreto. E os princípios para o entendimento dos casos decididos pelos juízes devem ser os direitos fundamentais, que não se realizam como conteúdo pressuposto, mas sim como conseqüência da prática das instituições e da sociedade no Estado Democrático de Direito e, mais especificamente, da atividade do poder judiciário.

## 5. Processo de concretização de Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais devem ser exercidos como uma exacerbação do “*to enforce the law*”. *Enforced*, segundo Derrida, significa que não há direito que não implique nele mesmo, isto é, não há direito que não se legitime. O *enforced* é alusivo ao caráter autopoiético do sistema do direito e indica que as suas condições de reprodução sistêmica são efetivamente realizadas. Os direitos fundamentais,

conquanto sejam núcleo essencial do subsistema constitucional, implicam a si mesmo de forma exasperada, pois devem informar as bases de sustentação que legitimam tanto o direito como a política. Assim sendo:

> Os direitos fundamentais pressupõe concepções de Estado e da Constituição decisivamente operantes na actividade interpretativo-concretizadora das normas constitucionais. Significa isto que a interpretação da Constituição precompreende uma teoria dos direitos fundamentais, no sentido de uma concepção sistematicamente orientada para o carácter geral, finalidade e o alcance intrínseco dos direitos fundamentais. (CANOTILHO, 1980)

O Judiciário, enquanto meio de organização formal do direito, produz sentido à norma constitucional por meio dessa atividade interpretativo-concretizadora. Ele informa, por meio da comunicação, a semântica e a pragmática dos direitos fundamentais à sociedade. Fortalece, assim, o subsistema constitucional e enrijece as sobreposições indevidas sobre a autonomia dos direitos fundamentais nos sistemas sociais. De tal arte, "os Direitos Fundamentais são parte da base de legitimação democrática para a interpretação aberto tanto no que se refere ao resultado, quanto no que se diz respeito ao círculo de participantes". (HABERLE, 2002, p. 37)

Os direitos fundamentais não devem ser considerados fugazes. Em vez disso, são um núcleo que as constituições simbólicas almejam desestabilizar, mediante a não concretização dos dispositivos constitucionais e, conseqüentemente, das garantias fundamentais.

Direito fundamental fugaz coincide com texto constitucional sem efetividade. Quando não há concretude nas normas constitucionais, configura-se uma ordem política e jurídica instável. Corre-se o risco da dominação.

A forma de controlar essa tensão é, primeiramente, a práxis do judiciário. Há, de certo, um problema de legitimidade, por exemplo, quando da promoção de políticas públicas por essa instituição. Não é fácil que as práticas sociais e os arranjos institucionais existentes admitam este caráter transformador do judiciário. A intromissão deste em prol dos direitos fundamentais é, todavia, corolário da estabilidade de toda ordem política e jurídica. Não há alternativa à salvaguarda dos direitos fundamentais que seja indiferente, simultaneamente, aos sistemas da

política e do direito. Eles se movem por uma implicação recíproca, um sistema de diálogo, no qual saberes e práticas concretizam expectativas normativas, definindo finalidades públicas, e não as transformando em conteúdos vazios de promessas. Com efeito:

> Assenta-se como indubitável a relevância que ocupam os direitos fundamentais nas sociedades contemporâneas, tornando-se a essência do ordenamento jurídico. Uma sociedade em que estas prerrogativas não tenham uma adequada proteção jurídica, dotando-as de eficácia, não pode ser denominada de Estado Social e Democrático de Direito. Os direitos fundamentais são o arrimo à estruturação do poder social vigente, garantem o amalgamento do tecido social apesar de pluralidade social, incentivam o desenvolvimento das potencialidades do ser humano e consubstanciam os requisitos mínimos para a existência do regime democrático." (AGRA, 2009, p. 58) (...) mediante as constituições e o esvaziamento semântico dos seus valores, o direito moderno neutraliza o passado, expondo-se, desta forma, à dependência de um futuro que é imprevisível e ignorado. Não causa surpresa, neste sentido, a intenção de se vincular o futuro mediante as constituições, transformando estas em uma "acumulação preventiva de futuro. (ZAGREBELSKY, *in:* CORSI, 2001, p. 09)

Direitos fundamentais são garantias com as quais não se negocia. São abstrações que exigem concretização, dado que "a função destes direitos pode ser desenvolvida apenas e exatamente porque estes não especificam de nenhum modo a praticabilidade de seus preceitos." (CORSI, 2001, p. 06). Isso posto:

> Compreendido desta forma, todo valor ou direito fundamental tem o sentido de abrir um espaço de contingência completamente indeterminado, no interior dos quais os aparatos organizacionais e os seus procedimentos internos podem especificar determinadas formas. Neste sentido, os direitos fundamentais são o substituto funcional das diferenças 'naturais' típicas da sociedade pré-moderna; enquanto estas, dado que naturais, também eram auto-evidentes, aquelas, artificiais, requerem uma decisão construída através do procedimento. (CORSI, 2001, p. 07)

**Conclusão**

A inteira concretização dos direitos fundamentais é uma experiência daquilo que não se pode experimentar. Apesar de paradoxal, o sentimento de incompletude em relação à realização dos direitos fundamentais é condição de sua implementação na ordem social e individual. O discurso que vise afirmar que os direitos fundamentais estão, em determinado momento, assegurados integralmente, é um

discurso de poder com recursos simbólicos hostis. Uma revisão institucional acerca da defesa dos direitos fundamentais pede uma nova postura:

> Temos que reinventar a linguagem se queremos desenvolver a democracia. Ela é impossível com homens estereotipados. O homem adormecido, sem efervescências, não é democrático. Um estereótipo não pode portar incertezas, nem aceitar as diferenças e os diferentes. (WARAT, 1988, p. 31)

Os direitos fundamentais não podem aderir a contextos simbólicos. Aliás, eles agem sobre os símbolos e os transforma em decisões concretas. A eles cabe uma função emancipatória, de ordem universal e democrática.

O problema aqui levantado, da relação entre judiciário e concretização dos direitos fundamentais e do risco dessa atuação na forma como os poderes se arranjam institucionalmente, é uma *aporia*. É uma questão-problema, que necessita de um agir tópico (situacional), em que não se define um caminho seguro e predeterminado, mas que, contrário *sensu*, busca por estabelecer uma jornada, pois, afinal, é preciso decidir para concretizar direitos.

Isso significa que os direitos fundamentais não devem ser tratados apenas como direitos catalogados como importantes pelo poder legislativo, mas devem ser observados e reforçados por todos que a eles possam atribuir insumo de legitimidade. Situa-se aqui o desafio dos juízes: concorrer cotidianamente para o respeito e fomento plenos dos direitos fundamentais, a fim de enaltecer a qualidade democrática a eles inerente e que a eles deva se vincular. Tudo que diga respeito aos direitos fundamentais tem de ser tratado como componente importante e modificador da sociedade e, por conseguinte, da política e do direito.

A democracia, como forma de organização política e social, dá o direito de sonhar, e de poder concretizar direitos fundamentais, a partir de um instrumento orientador: a Constituição. Essa dimensão do sonho intertextualiza facilmente com a ideia de democracia, de poder se apropriar dos sonhos para transformá-los em obras factíveis e singulares do Direito. Configura-se, desse modo, o desafio aos nossos juízes: tornar plausível a crença na possibilidade de concretização dos direitos fundamentais, visto que a “justiça permanece porvir, ela tem porvir, ela é por-

vir, ela abre a própria dimensão de acontecimentos irredutivelmente porvir.” (DERRIDA, 1990, p. 54)

**Referências bibliográficas:**

Texto-base: NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo, 2007. Editora Martins Fontes.

AGRA, Walber de Moura. *Delimitação aos direitos fundamentais*. Revista da Defensoria Pública da União. Nº. 30. p. 42-60. Novembro-dezembro 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo, 1996. Editora Saraiva.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito Constitucional. 2ª edição. Editora Almedina, 1980.

CORSI, Giancarlo. *Sociologia da Constituição*. Trad.: Juliana N. Magalhães. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Nº. 39. Belo Horizonte: UFMG, 2001.

DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*. Rio de Janeiro, 1990. Editora Martins Fontes.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 6ª edição. São Paulo, 2008. Editora Atlas.

FERREIRA, Lier Pires. GUANABARA, Ricardo. JORGE, Vladimyr Lombardo. *Curso de teoria geral do Estado*. Rio de Janeiro, 2009. Editora Elsevier.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional - A sociedade aberta dos interpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, 2002. Editora Sérgio Antonio Fabris.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política.* Tradução de Georfe Sperber e Paulo Astor Soethe. Paraná, 2006. Edições Loyola.

LUHMANN, Niklas. *O direito como sistema social*. Tradução de Paulo Sávio Peixoto Maia. 1994.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. Tradução: Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro, 2008. Editora Elesevier.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo, 2006. Editora Martins Fontes.

WARAT, Luís Alberto. Manifesto do Surrealismo Jurídico. Editora Acadêmica, 1988.

# CAPÍTULO 4

# A DEMOCRACIA E O CONSENSO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: ANÁLISES DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS INSTITUIÇÕES REALIZADORAS

**Ana Beatriz Vanzoff Robalinho Cavalcanti**[39]

**DOI 10.11117/9788565604048.04**

**Resumo:** Este artigo se propõe a analisar a legitimidade das instituições no contexto do controle de constitucionalidade sob a perspectiva de concretização dos direitos fundamentais e da legitimidade inerente das decisões tomadas no âmbito do controle.

**Palavras-chave:** controle de constitucionalidade, legitimidade, democracia, consenso, concretização, poder judiciário e direitos fundamentais.

## 1. Introdução

O controle de constitucionalidade enquanto instrumento da concretização dos direitos fundamentais assume importância fundamental no contexto da estabilização das expectativas normativas, conforme propõe Niklas Luhmann[40].

Tal estabilização representa o objetivo que permeia os direitos individuais positivados, cuja realização somente se pode aferir na aplicação ao caso concreto. Nesse contexto, é inegável a premência do papel do poder judiciário na lógica constitucional.

No entanto, é fundamental reforçar que a concretização dos direitos fundamentais depende em grande escala da inclusão da esfera pública no processo,

---

[39] Acadêmica de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Membro do Grupo de Estudos em Direito Constitucional. E-mail: aninha.robalinho@gmail.com

[40] "O direito processa, de um modo que nenhum outro sistema pode fazer, expectativas normativas capazes de se manterem em situação de conflito. Não pode, é claro, garantir que estas expectativas não se vejam desapontadas. Mas pode assegurar que possam ser mantidas como expectativas, ainda no caso de desapontamento, e que se pode sabê-lo e comunicá-lo com antecedência." (LUHMANN, 1994, p. 5).

a qual não se dá apenas através do poder judiciário. Nesse sentido destaca-se a proposta de Jeremy Waldron enquanto alternativa de inclusão do legislativo como alternativa de um novo sistema, em um processo cada vez mais dominado pelo judiciário no contexto atual, abrindo assim novos canais de comunicação com a sociedade civil.

Tendo em vista a lógica de proteção dos interesses individuais inscrita na aplicação das normas constitucionais, questiona-se um processo decisório pautado pela dominação de uma instituição política por excelência; e ainda, questiona-se a legitimidade de um processo deliberativo não submetido ao crivo de uma Carta de Direitos, mediante a forçosa necessidade de proteção dos interesses minoritários.

A proteção dos direitos individuais, nesse contexto, adquire maior importância diante da ameaça constituída pelo sistema representativo democrático frente às minorias, principalmente as minorias não representadas no contexto das casas legislativas.

A partir da análise das teorias de Dworkin, Ely, Habermas e Neves surge a compreensão de que o papel do judiciário no processo de concretização dos direitos fundamentais é essencial, mas não privativo; discute-se a premente necessidade de inclusão da sociedade civil no processo descrito.

Finalmente, busca-se na conclusão a defesa de um sistema que, a priori, não depende da instituição que terá maior poder decisório no âmbito do controle de constitucionalidade, mas fornece o melhor caminho para a concretização dos direitos fundamentais.

Ainda que a melhor solução aponte para o judiciário como órgão supremo no âmbito do controle de constitucionalidade, torna-se essencial a desvinculação das cortes como único instrumento no processo de concretização dos direitos fundamentais, ressaltando-se a importância da ampliação dos canais de participação.

## 2. O controle de constitucionalidade pelo poder legislativo: considerações iniciais

Jeremy Waldron é direto na premissa que permeia sua teoria: a construção do caso contra o controle de constitucionalidade pelo judiciário. Waldron argui que o *judicial review* é uma forma inapropriada de tomar decisões em uma sociedade livre e democrática, aduzindo para tanto argumentos que atacam a qualidade das decisões produzidas pelas cortes e a falta de legitimidade democrática de que dispõe[41].

Waldron chama o sistema de controle de constitucionalidade adotado nos Estados Unidos, e incidentalmente também no Brasil, de *strong judicial review* – grande alvo de suas críticas – e o contrapõe a um outro sistema, que chama de *weak judicial review*, que corresponde ao sistema adotado no Reino Unido.

A principal idéia por trás do *weak judicial review* não é um sistema no qual o poder judiciário não faça parte do processo de controle de constitucionalidade, mas um em que este não dá a palavra final. Nesse contexto, Waldron explica as consequências de uma "declaração de incompatibilidade":

> *In the United Kingdom, the courts may review a statute with a view to issuing a 'declaration of incompatibility' (…). The Act provides that such declaration 'does not affect the validity, continuing operation or enforcement of the provision in respect of which is given; and …is not binding on the parties to the proceedings in which is made.' But still it has an effect: A minister may use such a declaration as authorization to initiate a fast-track legislative procedure to remedy the incompatibility.* (WALDRON, 2006, p. 1355)

O sistema descrito por Waldron teve inclusive repercussão no Brasil, principalmente nas discussões que seguiram a promulgação da Constituição de 1937. Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco descrevem a referida carta constitucional:

> A Carta de 1937 traduz um inequívoco retrocesso também para o sistema de controle de constitucionalidade. Embora não tenha

---

[41] "This Essay will argue that judicial review of legislation is inappropriate as a mode of final decisionmaking in a free and democratic society. (…)In countries that do not allow legislation to be invalidated in this way, the people themselves can decide finally, by ordinary legislative procedures, whether they want to permit abortion, affirmative action, school vouchers, or gay marriage. They can decide among themselves whether to have laws punishing the public expression of racial hatred or restricting candidates' spending in elections. If they disagree about any of these matters, they can elect representatives to deliberate and settle the issue by voting in the legislature." (WALDRON, 2006, p. 1349).

> introduzido qualquer modificação no modelo difuso de controle (art. 101, III, *b* e *c*), preservando, inclusive, a exigência de quórum especial para a declaração de inconstitucionalidade (art. 96), o constituinte rompeu com a tradição jurídica brasileira, consagrando, no art. 96, parágrafo único, princípio segundo o qual, no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderia o Chefe do Executivo submetê-la novamente ao Parlamento. Confirmada a validade da lei por 2/3 de votos em cada uma das Câmaras, tornava-se insubsistente a decisão do Tribunal. (MENDES; BRANCO, 2011, p. 1098)

Nesse sentido, a carta constitucional de 1937 consagrou um sistema no qual o legislativo teria a última palavra no controle de constitucionalidade – em consonância com a teoria de Waldron.

Trata-se de um fenômeno isolado na história constitucional brasileira, que não foi seguido pelas Constituições seguintes; e no entanto, durante a vigência da Constituição de 1937, foi debatida a questão do legislativo enquanto instituição adequada à realização do controle de constitucionalidade, com pontos em comum com a discussão situada por Waldron:

> A subordinação do julgado sobre a inconstitucionalidade da lei à deliberação do Parlamento coloca o problema da elaboração democrática da vida legislativa em seus verdadeiros termos, impedindo, em nosso meio, a continuação de um preceito artificioso, sem realidade histórica para nós e que, hoje, os próprios americanos, por muitos de seus representantes doutíssimos, reconhecem despido de caráter de universalidade e só explicável em países que não possuem o sentido orgânico do direito administrativo. Leone, em sua Teoría de la política, mostra com surpreendente clareza, como a tendência para controlar a constitucionalidade das leis é um campo aberto para a política, porque a Constituição, em si mesma, é uma lei *sui generis,* de feição nitidamente política, que distribui poderes e competências fundamentais. (MOTTA FILHO in MENDES, BRANCO, 2011, p. 1099)

Talvez essa tenha sido a única grande concessão da jurisprudência brasileira ao que Waldron chama de *weak judicial review*. No entanto, ao longo da história constitucional brasileira, tornou-se cada vez mais uma contra-tendência, com o constante crescimento do poder do judiciário e o fortalecimento do controle de constitucionalidade judicial, levando à arguição de um agigantamento do judiciário

em relação aos outros poderes – uma das críticas feitas às consequências do *strong judicial review*.

Nesse sentido, o que Waldron chama de *strong judicial review* precisa ser entendido com muito cuidado. Tudo o que ele afirma fazer parte do *strong judicial review* leva a entender que as cortes seriam poderosas demais nesse sistema, e que lhes faltaria legitimidade para exercer esse poder – especialmente em razão do déficit de representatividade democrática da instituição. No entanto, todo o poder descrito no sistema do *strong judicial review*, na proposta de Waldron, seria transferido para o legislativo. Não seria possível dizer então que as casas legislativas seriam poderosas demais nessa hipótese?

A legitimidade democrática é sem dúvida peça chave da crítica de Waldron, mas ele se arrisca também a citar a separação de poderes, assim com a citam os seguidores de sua doutrina. Cortes fortes demais, cortes capazes de derrubar a legislação vigente, ameaçam o equilíbrio trazido pela autolimitação dos poderes. Mas um legislativo munido, a um só tempo, com o poder de criar e extinguir a legislação não é de nenhuma forma compatível com esse equilíbrio.

Em verdade, Waldron faz várias ponderações que minimizariam a problemática de tamanho poder relegado às casas legislativas. A sociedade em que pretende aplicar sua teoria em desfavor do *judicial review* é uma sociedade que deve preencher uma série de requisitos quanto ao funcionamento de suas instituições democráticas e o comprometimento de seus membros com os direitos.

Até certo ponto a sociedade proposta por Waldron parece largamente fictícia. Em todas as sociedades reais no panorama constitucional moderno seria possível apontar mais de um defeito estrutural capaz de refutar suas premissas, especialmente quando afirma "(...) a commitment on the part of most members of the society and most of its officials to the idea of individual and minority rights" (WALDRON, 2006, pp. 1360), uma premissa bastante generalizante diante da realidade das democracias menos desenvolvidas. Entretanto, também é certo que ele procura ultrapassar os vícios eventuais das instituições democráticas para supor que elas existem e, na medida do possível, funcionam.

Contudo, o argumento de que a grande maioria das sociedades – inclusive a

nossa – não se enquadram no estreito parâmetro criado por Waldron, por este ou aquele defeito estrutural em sua democracia representativa, se mostra raso, e insuficiente por si só para refutar a sistematização proposta por ele.

A grande crítica ao modelo proposto por Waldron, entretanto, se refere à aplicação prática de sua proposta. As grandes críticas de Waldron no que se refere ao controle de constitucionalidade pelo judiciário podem ser resumidas por duas grandes categorias criadas por ele: as outcome-related considerations e as process-related considerations.

Ronald Dworkin, ao refutar argumentos contra o judicial review, bem define ambas as categorias:

> (...) one might argue that judicial deference is required because democratic institutions, like legislatures, are in fact likely to make sounder decisions than courts about the underlying issues that constitutional cases rise, that is, about the nature of an individual's moral rights against the state. Or one might argue that it is for some reason fairer that a democratic institution rather than a court should decide such issues, even though there is no reason to believe that the institution will reach a sounder decision. (DWORKIN, 1978, p. 141)

Assim, no âmbito das considerações processuais, Waldron defende que decisões mais justas serão tomadas se tomadas por uma instituição politicamente responsável – nomeadamente o parlamento – aduzindo mais uma vez a premissa de que as cortes não possuem legitimidade democrática para manter o poder que o judicial review lhes atribui.

O principal problema com esse argumento advém, como aduzido, de sua aplicação prática. Waldron pretende construir o argumento absoluto contra o judiciário como instituição máxima do controle de constitucionalidade, mas a partir do momento em que admite a existência do poder judiciário com uma dinâmica razoavelmente equivalente a que hoje existe nos Estados Unidos, dá o passo mais importante para refutar o próprio argumento. Sua grande preocupação parece ser que o legislativo tenha a palavra final, a qual em última instância não atinge um resultado prático muito diferente daquele atingido no *strong judicial review*, como explica David Dyzenhaus:

> However, the distinction between weak and strong judicial review depends not on constitutional form, by which I mean the formal structure prescribed by some written test, but on the human rights culture of the society and, thus, on how serious the public takes what judges say. If, in the United Kingdom, a political culture exists such that the government finds it expedient always to amend legislation that judges have declared incompatible with human rights, such declaration is no less powerful a form of review than a formal authorization for judges to invalidate statues. (DYZENHAUS, 2009, p. 48)

Em um país como os Estados Unidos, sistema mais criticado por Waldron, cuja cultura constitucional foi construída por mais de duzentos anos tendo a corte como principal referência, sem dúvida a situação descrita por Dyzenhaus se concretizaria, restando virtualmente infrutífera a alegação de que o *strong judicial review* daria poderes democraticamente ilegítimos às cortes.

No que concerne as outcome-related reasons, Waldron dá um passo em direção ao positivismo político ao criticar o apego das decisões judiciais aos direitos positivados do Bill of Rights. A principal crítica que se desenvolverá em relação a esse argumento guardará relação com a necessidade absoluta de proteção dos direitos individuais, a qual se torna mais tangível se guiada por uma carta de direitos do que seria no contexto de uma discussão parlamentar.

A crítica tecida por Waldron encontra respaldo em influentes nomes da doutrina constitucional. Outros influentes autores se dedicarão a enfrenta-la em favor do judicial review. Em meio as discussões levantadas, surgem questionamentos quanto ao objetivo do controle de constitucionalidade enquanto realizador de expectativas normativas. A partir daí, a melhor doutrina preocupa-se em pautar um sistema de permita tal realização.

Nesse sentido, Dyzenhaus completa:

> *But even if it is true that such committees might be more effective than judges, the issue is not one of either/or. If judges are an essential element in sustaining the culture, the point is to work out how best these institutions should interact. (…) Rather, it will make a case for how the relationship between the institutions may be best designed so as to allow them to participate in a common project of together insuring that legislation does live up to a certain ideal of society, one which, when it reasons as a whole, proves equal to its commitment to respect the fundamental rights of each of its members.* (DYZENHAUS, 2009, p. 51)

A conclusão de Dyzenhaus, em última instância, traduz a afirmação: a Constituição, como estruturada, necessita da aplicação de seus princípios ao caso concreto para que se perceba o seu alcance normativo, e a aplicação ao caso concreto necessita da intervenção do judiciário. Mas essa concessão é feita pelo próprio Waldron em sua teoria.

O que está entremeado na afirmação é a possibilidade de combinação dos sistemas de controle de constitucionalidade não em favor da legitimidade de determinada instituição ou da qualidade justificativa das decisões, mas para atingir os objetivos a que se propôs a Constituição na defesa dos direitos fundamentais.

Dessa feita, a pretensão desse estudo não está em refutar os argumentos de Waldron em favor do controle de constitucionalidade judicial, mas encontrar a partir da análise dos pontos relevantes referentes ao controle de constitucionalidade a melhor resposta em relação ao sistema que deve ser adotado para que se alcancem decisões justas segundo as expectativas das normas constitucionais.

## 3. A concretização dos direitos fundamentais e o papel do poder judiciário

O ponto principal envolvendo uma discussão sobre o controle de constitucionalidade, está no objetivo por trás do processo, muito mais do que no sistema utilizado para atingi-lo. Com isso não se pretende retirar a importância da escolha de tal sistema: o modo como as normas constitucionais serão aplicadas e desafiadas, e quem será responsável por protegê-las são pontos de extrema relevância no Estado Democrático de Direito.

No entanto, a escolha referente a tais sistemas precisa estar direcionada pelo objetivo que pretendem alcançar, a dizer, pela *concretização dos direitos fundamentais.* O termo, enquanto proposto pelo professor Marcelo Neves em seu estudo sobre a Constituição Simbólica (NEVES, 2007), no qual expõe que o real conteúdo da norma jurídica – e aqui especialmente da norma jurídica constitucional – somente se revela diante da análise das possibilidades reais de aplicação da norma.

Com isso, reafirma a máxima de que a aplicação do direito não pode e não deve ser confundida com a sua justificação, aquilo que lhe dá valor moral e força ideológica. É na aplicação que as normas ou direitos fundamentais esbarram nos limites do Direito previstos por Luhmann[42], e se percebe que a solução de um caso vai além da letra da lei, está na singularidade dos eventos sociais.

A Constituição Simbólica de Marcelo Neves, nesse sentido, seria justamente aquela contendo direitos não concretizados, que não correspondem na realidade ao que pretendem tutelar. O motivo apontado para tal falta de concretização, no estudo de Neves, está na falta de participação da esfera pública no processo de concretização.

O sistema através do qual se realizará o controle de constitucionalidade, enquanto processo de concretização dos direitos, será legítimo se capaz de aplicar os direitos positivados ao caso concreto de forma a que os primeiros alcancem as às quais se propõe. Assim, se tal capacidade está diretamente relacionada à participação da sociedade civil no processo, mais uma vez a questão da representatividade é levantada.

É um aspecto pelo qual a proposta da Constituição Simbólica pode servir de apoio à teoria de Waldron. Ponto inquestionável de sua argumentação é que o legislativo enquanto instituição possui maior representatividade que o judiciário. Em uma sociedade que preenche os requisitos propostos por Waldron, os membros do legislativo tem sua legitimação democrática assegurada pelo voto direto e universal, enquanto a legitimidade do judiciário percorre um caminho tortuoso dentro da lógica democrática.

Afinal, os juízes não são eleitos e não cumprem mandatos; a única influência que a sociedade civil pode exercer sobre a composição da corte constitucional está na escolha do presidente da república, que será responsável pela escolha de um novo juiz se e quando uma vaga se abrir na corte durante seu governo.

---

[42] "Ante isso, nem toda referência ao direito é uma operação interna do sistema. Entretanto, quando uma comunicação ocorre no contexto da administração da justiça, ou no contexto do recurso ao Judiciário para resolver conflitos, ou no âmbito da modificação da lei – quer dizer, no processamento de expectativas legais – estamos tratando com uma operação interna do sistema do direito, e esta operação define, simultaneamente, fronteiras entre o sistema do direito e o contexto da vida cotidiana que ocasiona a formulação de uma questão legal." (LUHMANN, 1994, pp. 8).

Por outro lado, há de se pesar o papel proposto ao controle de constitucionalidade na perspectiva de Neves. A concretização dos direitos fundamentais depende de sua aplicação ao *caso concreto*, único momento em que se pode aferir a capacidade da norma jurídica de alcançar as expectativas a que se propõe. E essa é uma característica intrínseca ao papel do judiciário, promover a solução de conflitos concretos quando provocado.

Assim, seria uma questão de balancear a representatividade do legislativo (process-related consideration) versus a necessidade da análise prática do judiciário (outcome-related consideration)? Seria a escolha de um sistema de controle de constitucionalidade, mesmo aquele que se acredite o melhor e mais eficiente sistema, dentre o legislativo e o judiciário, a solução para a problemática dos direitos fundamentais?

Waldron contempla essa questão, justamente na perspectiva da escolha de um sistema de controle de constitucionalidade.

> *So, how do we weigh these process-related and outcome-related considerations? We face the familiar problem of trying to maximize the value of two variables, like asking someone to buy the fastest car at the lowest price. There are various ways we can set up the question. We could ask: "What method is most likely to get at the truth about rights, while at the same time adequately respecting the equal claim to be heard of the voices of those affected?(…)."*(WALDRON, 2006, p. 1375)

A solução proposta por Waldron é o controle de constitucionalidade pelo poder legislativo, decidindo que essas entre outras razões "processuais" pesam sobre outras razões "de resultado" e a balança pende para o legislativo. Outros autores pesaram os mesmos requisitos e viram a balança pender no sentido contrário.

Dworkin argumenta, repetidamente, que no sistema americano a falta de legitimidade democrática das cortes não resulta em decisões não democráticas ou não condizentes com o interesse geral da maioria. Nesse sentido:

> *We must not exaggerate the danger. Truly unpopular decisions will be enrolled because public compliances will be grudging, as it has been in the case of public school prayers, and because old judges will die or retire and be replaced by new judges appointed because they*

> *agree with a president who has been elected by the people.* (DWORKIN, 1978, p. 148)

Enquanto argumento pelo controle de constitucionalidade judicial como sistema a teoria de Dworkin serve ao propósito de justificar sua própria escolha, na lógica das *outcome-related reasons* de Waldron.

É certamente aceitável a proposta de que as cortes constitucionais sofrem a influência da opinião pública e conhecem as inclinações morais da maioria tal e qual as casas legislativas, assim como dependem de inclinações políticas em larga escala, uma vez que sua composição depende da indicação do presidente eleito democraticamente. No entanto, daí recorre que suas decisões seriam tão corretas ou incorretas quanto decisões tomadas pelas casas legislativas – seriam igualmente legitimas?

Sobre a legitimidade, Luiz Fernando Coelho afirma:

> A legitimidade pode ser definida como a qualidade ética do direito (…). Legitimidade então pressupõe consenso mais ou menos generalizado, e legitimação é a tecnologia de obtenção desse consenso junto aos membros do grupo; considerando-se uma sociedade dividida em classes e a conseqüente existência de grupos hegemônicos em seu interior, a legitimidade articula-se com o poder e a dominação. (COELHO, 2003, p. 332)

Assim, para Coelho a legitimidade pressupõe o consenso. Do mesmo modo, as decisões "impopulares" mencionadas por Dworkin poderiam ser entendidas como as decisões não-consensuais na esfera pública, aquelas que não condizem com os costumes e a vontade geral da sociedade.

E nesse sentido sem dúvida o legislativo seria capaz de produzir decisões mais legitimas, pela própria sistemática de sua composição. Os membros do legislativo são representantes eleitos do povo, e como representantes foram eleitos pelos ideais que representam; seus votos advém daqueles que compartilham suas idéias políticas e religiosas, pessoas que entenderam que suas próprias convicções e crenças seriam respeitadas se seu representante defendesse os interesses que destacou em sua campanha.

Waldron enfatiza tais características do legislativo: "Members of the legislature think of themselves as representatives, in a variety of ways, sometimes making the

interests and opinions of their constituents key to their participation, sometimes thinking more in terms of virtual representation of interests and opinions throughout the society as a whole." (WALDRON, 2006, p. 1361).

No entanto, é justamente em razão da característica de representantes dos membros do legislativo que esse se torna uma ameaça aos direitos das minorias, na medida em que o comprometimento com seus representados e os interesses desses podem influenciar a maneira como tomarão decisões.

Waldron é o primeiro a admitir que mesmo quando colocam os interesses daqueles que representam em segundo plano, o fazem em nome do interesse consensual, aquele que concerne a sociedade como um todo. E assim, de uma forma ou de outra, a ameaça da tirania da maioria está instalada.

## 4. A tirania da maioria e a tendência consensual do legislativo

Waldron dispensa os argumentos que ligam o controle de constitucionalidade pelo poder legislativo à chamada tirania da maioria. Para tanto, utiliza dois argumentos principais: o primeiro diz respeito ao conceito de tirania e o segundo ao conceito de minoria.

Em um primeiro momento, argumenta que a tirania seria ter seus direitos negados, e que por esse motivo estaria presente em todas as controvérsias sobre direitos. Indaga, ainda, porque uma tirania da maioria seria pior ou mais repreensível do que qualquer outra tirania.

Certamente a tirania como entendida pelos críticos ao controle de constitucionalidade pelo legislativo vai muito além de ter os direitos negados. Uma corte, ou um parlamento, pode negar a alguém os direitos que os pleiteou porque a melhor interpretação da Constituição demonstra que de fato a razão assiste à parte contrária, e que naquela situação particular a Constituição protege os direitos da outra parte em detrimento dos da primeira.

Situação muito diferente ocorre se a controvérsia trata de direitos complexos e a ambas as partes assiste razão. Ambas têm direitos constitucionais a serem protegidos na situação de fato, mas apenas uma delas terá seus direitos

assegurados pela decisão. Nesse caso, vários métodos poderão ser utilizados para a solução do conflito; no entanto, sendo uma decisão de cunho eminentemente moral, maiorias e minorias étnicas, políticas, sociais e religiosas delinearão o quadro decisivo, principalmente no contexto do legislativo.

Assim, se uma das partes possui concepções minoritárias, e os responsáveis pela decisão são representantes de todas as concepções morais da sociedade, então certamente ao votar segundo seus próprios ideais chegarão a uma decisão que reflete as concepções morais da maioria.

Nesse ponto, conclui-se que mais do que ter seus direitos negados, a tirania da maioria ocorre quando seus direitos são negados *porque* são interpretados segundo uma concepção minoritária.

Em seguida, Waldron destaca a diferença entre minorias "tópicas" e "decisionais":

> *(…) we need to distinguish at least in the first instance between the "decisional" majority and minority and what I shall call the "topical" majority and minority — i.e., the majority and minority groups whose rights are at stake in the decision. In some cases the membership of the decisional majority may be the same as the membership of the topical majority and the membership of the decisional minority—those who voted against the injustice—may be the same as the membership of the topical minority.* (WALDRON, 2006, p. 1397)

O argumento de Waldron é que grande parte das minorias sociais não correspondem a minorias representativas, e que a chamada tirania da maioria ocorre apenas quando ocorre o alinhamento entre as minorias tópicas e decisionais. E mais do que isso, aponta que o verdadeiro problema se refere ao que chama de minorias discretas e insulares, as quais descreve:

> But if taken seriously, "discrete" and "insular" are useful adjectives, for they convey not just the idea of a minority that exists apart from political decisionmaking—in other words a topical minority—but also a minority whose members are isolated from the rest of the community in the sense that they do not share many interests with non- members that would enable them to build a series of coalitions to promote their interests. (WALDRON, 2006, p. 1404)

Waldron admite que a situação dessas minorias discretas e insulares não pode ser resolvida no contexto do controle de constitucionalidade pelo legislativo. Para tanto, insere-as no que chama de non-core cases, um conceito que utiliza para apontar os casos em que uma de suas quatro suposições falhou – e nos quais portanto o seu argumento a favor do controle de constitucionalidade legislativo não se sustenta, e acrescenta: "Minorities in this situation may need special care that only non-elective institutions can provide—special care to protect their rights and special care (as John Hart Ely points out) to repair the political system and facilitate their representation." (WALDRON, 2006, p. 1403).

Chegamos, assim, a uma encruzilhada. Podemos aceitar o argumento de Waldron, de que a tirania da maioria é uma expressão utilizada indiscriminadamente e que grande parte das minorias tópicas existentes em uma sociedade com as características propostas por ele não merecem a proteção especial que se pretende oferecer a elas através do controle de constitucionalidade judicial. No entanto, temos que considerar o que acontecerá às minorias discretas e insulares se adotarmos o modelo de controle de constitucionalidade legislativo.

Está claro que não se trata de uma situação generalizada. Não se pressupõe, e nem se deve fazê-lo, que todos os cidadãos de um país queiram recorrer ao judiciário. Afinal, em uma democracia razoavelmente bem estruturada, partimos do pressuposto de que as leis de fato servem aos interesses do povo. No entanto, é certo que sempre haverá um cidadão cuja situação a lei não protege, ou cujos interesses fundamentais ela de alguma forma viola.

A situação desse cidadão pode ser comum a todos os outros membros de sua classe profissional, ou a todos os membros de sua faixa etária ou a todos os membros de sua cidade, mas ela pode também ser única por suas próprias circunstâncias. Ela pode jamais alcançar a dimensão necessária para estimular a representatividade de até mesmo um membro do legislativo, sob o qual estão representados milhares de eleitores.

Esse cidadão precisa de uma maneira de representar a si mesmo, uma vez que não pode ser representado pelo milionésimo fragmento de seu representante eleito que lhe corresponde, principalmente se esse cidadão, como bem coloca

Waldron, não compartilha interesses com não membros da minoria da qual faz parte.

Em suma, o fato é que rotular as minorias extremas, as minorias “discretas e insulares” de non-core cases não significa que elas não existirão em qualquer ou toda sociedade, mesmo uma sociedade que cumpre razoavelmente as premissas estabelecidas por Waldron.

Um exemplo simples, dentro da sociedade americana, é a minoria formada pelos condenados. Aqueles que hoje vivem dentro do sistema prisional certamente podem ser considerados uma minoria discreta e insular. Não são representados nas casas legislativas – até porque não lhes é permitido votar –, e estão isolados da sociedade como um todo, não apenas fisicamente, mas também nos direitos e interesses que possuem.

Essa minoria em particular é uma realidade em todas as sociedades modernas, e é composta por pessoas que por força da lei e em nome da proteção e da manutenção da ordem social perdem alguns direitos, mas mantém vários outros, inclusive o direito à dignidade e à integridade física, direitos esses que outros membros da sociedade que não se encontram em suas circunstâncias não veem ameaçados da mesma maneira.

A existência até mesmo dessa minoria por si só justificaria a escolha de um sistema que a torna capaz de defender os seus direitos ao menos tão bem quanto qualquer maioria, em oposição a um sistema em que apenas uma parte da sociedade seria capaz de fazê-lo.

## 5. O consenso e a democracia: a legitimidade democrática das decisões morais

Com isso, retornamos à questão do consenso. Decisões legítimas seriam de fato decisões consensuais, aqui considerando tanto decisões tomadas pelas cortes quanto pelas casas legislativas? Já discutimos a questão das casas legislativas, e porque essas tendem a tomar decisões consensuais. As cortes, por outro lado, possuem seu próprio processo para a tomada de decisões, e este inclui, via de regra, uma Carta de Direitos, diferentemente do legislativo.

Aqui tratamos de legitimidade como legitimidade democrática, o que admite revisitar o que se entende por democracia no contexto do controle de constitucionalidade: “É essencial para a idéia de democracia que ela possibilite o auto-governo, mas só podemos defender essa conexão essencial [com os direitos] se concebermos a democracia como algo mais do que a regra da maioria. Devemos compreendê-la como um tipo de parceria entre cidadãos que pressupõe tanto direitos individuais quanto procedimentos majoritários.” (DWORKIN, 1998, p. 454).

Waldron é rigoroso em suas críticas ao que chama de judicial reason-giving, ou a justificativa das cortes nos casos controversos. Afirma, baseado em análise das decisões da suprema corte americana, que muitas vezes as preocupações reais quanto à aplicação prática dos direitos são marginalizadas em favor da busca da corte por sua própria *legitimidade* – principalmente por meio do precedente e do apego ao *texto* da Carta de Direitos.

A crítica em relação à interpretação da Carta de Direitos aponta a ocorrência de um “aprisionamento” das decisões atreladas a ela: este, por muitas vezes, gera decisões piores, focadas não na questão moral em pauta, mas nas minúcias da interpretação do texto constitucional. E tal dificuldade de interpretação se deve à característica vaga dos direitos fundamentais positivados.

Dworkin, por sua vez, enaltece as vantagens de um direito constitucional positivado de forma 'vaga':

> *(…) it seems obvious that we must take what I have been calling 'vague' constitutional clauses as representing appeals to the concepts they employ, like legality, equality, and cruelty. The Supreme Court may soon decide, for example, whether capital punishment is 'cruel' within the meaning of the constitutional clause that prohibits 'cruel and unusual' punishment'. It would be a mistake for the Court to be much influenced by the fact that when the clause was adopted capital punishment was standard and unquestioned.* That would be decisive if the framers of the clause had meant to lay down a particular conception of cruelty, because it would show that the conception did not extend so far. (…) But in fact the Court can enforce what the Constitution says only by making up its own mind about what is cruel (…)” (DWORKIN, 1978, p. 134)

Nesse sentido, Dworkin defende que o juiz não estaria nem deveria estar preso à letra da lei no que se refere aos direitos constitucionais, uma vez que a

utilização de uma linguagem "vaga" seria um indicativo das intenções do legislador em delegar ao interprete o poder de reforçar na interpretação dada ao princípio suas próprias concepções morais.

Assim, caso as cortes entendessem a legitimidade como consenso, seriam plenamente capazes de produzir decisões consensuais, preenchendo as lacunas interpretativas da Constituição com as concepções morais dominantes da sociedade. Se o fizessem, estariam produzindo decisões legítimas e a discussão quanto a legitimidade democrática da corte perderia força.

No entanto, ao longo da história constitucional americana esse não tem sido o comportamento das cortes. Alguns dos precedentes mais importantes para a evolução democrática da sociedade firmados pela Suprema Corte americana foram decisões não-consensuais – até mesmo contra-majoritárias, mesmo aceitando o argumento de Waldron "(...) it is na open question whether judicial review has made the United States (or would make any society) more just than it would have been without that practice." (WALDRON, 2004, p. 302).

Mesmo porque, em larga medida, dizer que algumas decisões foram contra-majoritárias não significa arguir que foram justas; talvez possa-se construir o argumento de que suas repercussões acabaram por tornar a sociedade de fato mais justa, na perspectiva da tolerância aos direitos individuais das minorias. Mas além disso, pretende-se que a qualidade de contra-majoritárias as diferencie como decisões que dificilmente seriam tomadas no âmbito do poder legislativo.

Essencial ao argumento é demonstrar que, ao agir assim, a Suprema Corte buscou algo além da legitimidade em suas decisões, como explica John Hart Ely:

> There are two possible reasons one might look to consensus to give content to the Constitutions open-ended provisions. One might say one was seeking to protect the rights of the marjority by ensuring that legislation truly reflect popular values. If that were the purpose, the legislative process would plainly be better suited to it than the judicial. This leaves the other possible reason for the reference, to protect the rights of individuals and minority groups against the actions of the marjority. (…) Now think again about consensus as a possible source, and the message will come clear: it makes no sense to employ the value judgments of the marjority as the vehicle for protecting minorities from the value judgments of the marjority. (ELY, 2002, p. 69)

Ely, como Dworkin, é absoluto na defesa dos direitos da minoria. Para sustentar sua teoria Dworkin parte do princípio de que os Estados Unidos enquanto Estado não se baseia em um sistema meramente majoritário. Neste sentido, afirma: "The Constitution, and particularly the Bill of Rights, is designed to protect individual citizens and groups against certain decisions that a marjority of citizens might want to make, even when that marjority acts in what it takes to be the general or common interest." (DWORKIN, 2006, p. 133).

E complete ainda, em consonância com Ely: "But that, as has often been pointed out, ignores the fact that decisions about rights against the marjority are not issues that in fairness ought to be left to the marjority." (DWORKIN, 2006, p. 133).

Seria o papel das cortes, então, manter o não-consenso? É uma ideia interessante no contexto da defesa das minorias. No contexto da presente discussão, seria um papel que o legislativo dificilmente poderia cumprir.

Se pensarmos em termos do papel das cortes no cenário de uma democracia moderna, devemos pensar no modo como as cortes poderão atingir suas decisões. As perspectivas pelas quais se analisa o conflito entre princípios são essenciais para que se entenda a motivação das cortes ao tomar decisões, principalmente porque tais conflitos de princípios possuem um plano de fundo moral.

Nesse sentido, Ronald Dworkin enuncia em sua teoria que, para qualquer conflito principiológico lançado na esfera do direito há uma única resposta correta, o que significa que uma das partes envolvidas tem o direito pré-estabelecido de ter sua pretensão assegurada; paralelamente, a outra parte tem o que Dworkin chama de pretensão abusiva.

Encontrar a única resposta correta, segundo Dworkin, é tarefa que depende primariamente da postura do juiz, que exige que este proceda com integridade. A integridade do direito, na teoria dworkiana, significa que ao analisar um princípio o juiz deve considerar, no mínimo, o princípio oposto. Com isso, Dworkin pretende concluir que um caso deve ser analisado por todas as suas vertentes, que são as circunstâncias únicas e irrepetíveis de cada caso que definirão o princípio que o rege e o único que deve ser aplicado a ele: a única resposta correta.

A visão de Dworkin é a chamada visão deontológica do direito (deontologia,

ou a escolha do que moralmente deve ser feito). Por outro lado, o alemão Robert Alexy defenderá a visão axiológica do direito (axiologia vem de valoração, princípios do direito valorados). Diante de um conflito de princípios, Alexy procura a solução através da ideia de ponderação:

> Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado invalido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência.

Alexy, dessa forma, admite o sopesamento de princípios em sua teoria, mas ao longo da construção do processo que propõe continua a negar a possibilidade de valoração desses princípios. No entanto, o procedimento apresentado por Alexy acaba por incorporar a característica axiológica, na medida em que não parece capaz de impedir uma hierarquização entre os direitos fundamentais, principalmente na medida em que se espera certa congruência entre as decisões tomadas por uma corte constitucional – a qual, ao longo do tempo, acabaria por sagrar determinados princípios fundamentais perpetuamente superiores a outros.

Menelick de Carvalho Netto, em crítica à teoria de Alexy, esclarece uma consequência relevante da escolha do processo a ser aplicado no controle de constitucionalidade,no que se refere à legitimidade das decisões tomadas pela corte:

> A tarefa propriamente de *aplicação* dos princípios é então recusada por Alexy, ao considerá-la como algo idêntico à legislação, uma atividade de *balanceamento de valores* concorrentes, passíveis de tratamento metodológico e sujeitos a hierarquização. Direitos, entendidos como interesses, devem assim ser sacrificados de acordo com seu grau de relevância, e os princípios ensejam múltiplas possibilidades de decisão correta disponíveis à discricionariedade do aplicador. (ALEXY, 2008, p. 93)

A ideia de um aplicador, um juiz, com qualidade discricionária, como propõe Alexy, parece acrescentar ainda mais ao argumento da ilegitimidade das decisões judiciais no âmbito do controle de constitucionalidade; a idéia de ponderação entre princípios pressupõe uma carga ideológica e moral por trás das decisões que advém

exclusivamente dos juízes, que nesse sentido não podem se apoiar, como Waldron os acusa de fazê-lo, na justificativa de que apenas traduzem a vontade da lei, uma vez que não está positivada qualquer gradação entre princípios constitucionais.

Nesse sentido a teoria de Dworkin facilita a justificação dos juízes, na medida em que remete a uma resposta correta que será definida não pelos intérpretes, mas pelas circunstâncias do caso concreto e do contexto em que se se desenvolve: uma vez que para cada caso existe uma única resposta correta, ou legítima, o interprete nada mais seria do que o veículo pelo qual essa resposta se concretizaria.

Ademais, busca por uma outra forma de decisão surge da crítica de Alexy à teoria de Dworkin, na medida em que entende que a proposta da única decisão correta dependeria do consenso social para se concretizar. Nesse sentido ecoa o pensamento de John Hart Ely no que insurge contra o consenso como objetivo do controle de constitucionalidade.

A conclusão de que o consenso não gera legitimidade causa algum estranhamento. Afinal, o sistema democrático de alguma forma pressupõe o consenso, senão de outra forma para manter a paz social. Se o consenso não pode ser alcançado, ocorrerá o esmagamento da minoria pela maioria em tal escala que poderá tornar insustentável a vida em sociedade.

Dessa feita, como conciliar o consenso democrático com a verdadeira legitimidade das decisões tomadas em sede de controle de constitucionalidade?

Em busca de uma resposta, Habermas pondera quanto à legitimidade democrática:

> *The democratic procedure is able to generate legitimation by virtue of two components—first the equal political participation of all citizens, which guarantees that the addresses of the laws can also understand themselves as the authors of these laws;—and second the epistemic dimension of a deliberation that grounds the presumption of rationally acceptable outcomes. (…) The democratic procedure has the power to generate legitimacy precisely because it both includes all participants and has a deliberative character; for the justified presumption of rational outcomes in the long run can solely be based on this.* (HABERMAS, 2006, p. 5)

Assim, a legitimidade democrática pressupõe a aceitação de decisões racionais – um consenso, nascido da deliberação, que permitiria a manutenção da

ordem social. Partindo desse princípio, e entendendo que o consenso não permeia a moralidade, percebe-se que em algum momento ocorre uma ruptura entre as decisões entendidas como racionais e as decisões morais tomadas em sede de controle de constitucionalidade: decisões morais, para serem legítimas, não precisam, em alguns casos não devem, ser decisões consensuais.

Habermas explica a ruptura:

> Pois bem, uma teoria da justiça talhada para as condições da vida moderna deve levar em conta a variedade das formas e dos planos de vida igualmente autorizados e coexistentes; da perspectiva das diferentes tradições culturais e das distintas histórias de vida não existe acordo acerca dessa vontade racional. Por essa razão a teoria da justiça deve se limitar ao estreito círculo das questões principiológicas político-morais em relação às quais pode-se razoavelmente esperar que se efetive um "consenso sobrepujante"; pois são precisamente essas as questões concernentes a uma visão de mundo neutral, aos valores geral e genericamente aceitos. O que se busca são princípios ou normas que incorporem interesses generalizáveis. (HABERMAS, 2003, p. 367)

Todavia, tamanho é o empenho em se encontrar a melhor justificativa democrática para as decisões morais, que nem sempre se percebe até que ponto essas se tornam mutuamente excludentes. A moralidade, como colocado, pressupõe concepções individuais que se contrapõe aos interesses majoritários consensuais. Dessa forma:

> An aproach that reveals the impossibility of establishing a consensus without exclusion is of fundamental importance for democratic politics. By warning us against the illusion that a fully achieved democracy could ever be instantiated, it forces us to keep the democratic contestation alive. An ‘agonistic’ democratic approach acknowledges the real nature of its frontiers and recognizes the forms of exclusion that they embody, instead of trying to disguise them under the veil of rationality or morality. (MOUFFE, 1999, p. 748)

Dessa forma, Habermas demonstra que o consenso encontra seus limites na moralidade. Nesse sentido, as decisões morais assumem uma nova perspectiva, não consensual ou pluralista, mas individual: “Mas certos interesses de pessoas em particular são tão importantes que seria errado – moralmente errado – que a comunidade os sacrificasse apenas para assegurar um benefício generalizado. (DWORKIN, 2006, p. 156).

**6. A questão da sociedade civil e a ampliação dos canais de participação**

Dessa forma, a questão da individualidade torna-se indissociável do processo de controle de constitucionalidade. Direitos fundamentais individuais necessitam de um sistema que proteja e valorize o indivíduo, e essa questão vai muito além de qual instituição será responsável pelo controle.

Em verdade, a questão mais relevante levantada pelo professor Marcelo Neves não se refere à predileção por um sistema específico de controle de constitucionalidade, mas ao diagnóstico de que a concretização dos direitos fundamentais depende da participação da esfera pública no processo. E esse diagnóstico vai além de uma possível discussão sobre qual instituição viabiliza maior participação da sociedade civil no processo de controle.

É em Habermas que se encontra a afirmação da sociedade civil como fundamento do Estado Democrático de Direito: “Procedendo sob as limitações estruturais assentadas pelos fundamentos de validade racional do Direito Moderno, a juridicização ajuda a generalizar, a consolidar, o sucesso do modo democrático de legitimação fundado na sociedade civil, a esfera política pública e o status de cidadão.” (HABERMAS, 2003, p. 368).

Nesse sentido, a participação da sociedade civil deve ser o foco central da discussão, sem estar condicionada aos limites formais dos processos legislativo ou judiciário. Habermas, em *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade*, chama essa deficiência de participação de tênue legitimidade democrática, e propõe soluções que não dependem necessariamente do sistema de controle de constitucionalidade adotado.

O cerne da questão da participação da sociedade civil, diz Habermas, está na ampliação dos canais de participação com todos os poderes, e não apenas aquele que exerce o controle constitucional. No Brasil um exemplo seria a ampliação do número de legitimados ativos para propositura da ação direta (ampliação do canal de comunicação com o judiciário).

A ideia essencial é que a sociedade civil tenha oportunidade de participar das decisões tomadas no âmbito dos três poderes, que estes operem em função do

poder que os legitima: o povo. Assim conclui Habermas ao afirmar:

> Com relação à tarefa do controle abstrato de norma, Frank I. Michelman parte, do mesmo modo que Ely, da premissa segundo a qual o tribunal constitucional, ao intervir na legislação política e ao suspender normas aprovadas pelo parlamento, tem que apelar para uma autoridade derivada, inferida do direito de autodeterminação do povo. (HABERMAS, 2003, p. 330)

O mesmo princípio pode e deve ser aplicado em relação à intervenção dos outros poderes.

Nesse sentido, retomamos a premissa inicial, de que a verdadeira questão envolvendo o controle de constitucionalidade não está na instituição que será responsabilizada pelo controle, mas de fato de qual forma a concretização dos direitos fundamentais se dará no âmbito do controle.

Nesse sentido, faz-se necessária a coordenação racional entre a necessidade da participação da sociedade civil no processo de concretização e a satisfação das expectativas normativas dos direitos constitucionais, de cunho essencialmente individuais.

**Conclusão**

Assim, como conciliar a premente necessidade de possibilitar a participação generalizada da sociedade no processo de concretização dos direitos fundamentais enquanto mantendo seu objetivo de proteção dos direitos individuais, ainda que e detrimento do interesse geral?

As conclusões são as mais diversas em metodologia e justificação; partidários do legislative review, como Waldron, tomarão as ponderações aqui discutidas e concluirão em favor de sua teoria. Defensores do judicial review farão o mesmo.

Nesse sentido, ficaria a premissa da tese de Waldron não respondida? Seria a melhor solução abster-se da escolha entre o judicial review e o legislative review?

O próprio Waldron defende a necessidade de eleição de um sistema adequado no âmbito do controle de constitucionalidade:

> *I am presenting the need for legitimate decision-procedures as a response to the problem of moral disagreement. But I have heard philosophers say that because disagreement is pervasive in politics,*

> *we should not let it throw us off our stride. Because we disagree as much about legitimate decision-procedures as we do about the justification of outcomes, and because (on my own account) it is plain that we have to take a stand on something—namely, decision procedures—despite such disagreement, why can't we just take a stand on the issue of substance and be done with it? The response to this is that we must go to the issue of legitimacy whether we are likely to find disagreement there or not. For one thing, we do need to design a decision-procedure and we need to consider reasons relevant to that design. For another thing, there are important reasons relating to legitimacy—e.g., fairness, voice, participation—that arise because of disagreement and do not arise apart from our addressing the question of decision-procedures.*(WALDRON, 2006, p. 1371)

Assim, a escolha parece inevitável. E resta buscar junto aos autores quais requisitos pesarão sobre a escolha.

Waldron é claro em seu posicionamento:

> *The system of legislative elections is not perfect either, but it is evidently superior as a matter of democracy and democratic values to the indirect and limited basis of democratic legitimacy for the judiciary. Legislators are regularly accountable to their constituents and they behave as though their electoral credentials were important in relation to the overall ethos of their participation in political decisionmaking. None of this is true of Justices.* (WALDRON, 2006, p. 1391)

Finalmente, o que pesa contra o legislative review? As casas legislativas certamente se provaram instituições mais democráticas e representativas do que as cortes; Em uma cultura política na qual os juízes tem suas opiniões acolhidas pelo legislativo, o legislative review em muito se aproxima do judicial review em relação à aplicação prática de seus institutos.

Dworkin e Ely, a partir de teorias que trabalham com perspectivas diametralmente diferentes, parecem atingir a mesma conclusão:

> *Constitutionalism – the teory that the marjority must be retained to protect individual rights – may be a good or bad political theory, but the United States has adopted that theory, and to make the marjority judge in its own cause seems inconsistent and unjust. So principles of fairness seem to speak against, not for, the argument from democracy.* (DWORIN, 1978, p. 149)

> *Appointed judges, however, are comparative outsiders in our governmental system, and need worry about continuance in office only very obliquely. This does not give them some special pipeline to the genuine values of the American people: in fact it goes far to ensure that they won't have one. It does, however, put them in a position objectively to assess claims – though no one could suppose the evaluation won't be full of judgment calls – that either by clogging the channels of change or by acting as accessories to marjority tyranny, our elected representatives in fact are not representing the interests of those whom the system presupposes they are.* (ELY, 2002, p. 65)

Desse modo, parece incontornável a questão da defesa dos direitos individuais. Em última instância, a instituição responsável pelo controle de constitucionalidade deve ser não aquela com maior legitimidade democrática, como supõe Waldron, mas aquela que permite a defesa dos direitos individuais de forma eficiente. Nesse contexto:

> Pouco importa o modo como nos posicionamos em relação à questão da institucionalização adequada dessa interpretação da constituição, que diz respeito diretamente à atividade do legislativo: a concretização do direito constitucional através de um controle judicial de constitucionalidade serve, em última instância, para a clareza do direito e para a manutenção de uma ordem jurídica coerente. (HABERMAS, 2003, p. 302)

O próprio Waldron toca no cerne da discussão, mas em prol de sua teoria não dá o passo seguinte, assumindo a conclusão necessária diante da premissa estabelecida:

> *It may still be the case that judicial review is necessary as a protective measure against legislative pathologies relating to sex, race, or religion in particular countries. But even if that is so, it is worth figuring out whether that sort of defense goes to the heart of the matter, or whether it should be regarded instead as an exceptional reason to refrain from following the tendency of what, in most circumstances, would be a compelling normative argument against the practice.* (WALDRON, 2006, p. 1352)

De fato, a individualidade dos direitos individuais é tão central à discussão do controle de constitucionalidade que se torna questão incontornável na escolha entre legislativo e judiciário, ou entre qualquer outro sistema que não permita que se coloque o indivíduo acima do consenso social.

As minorias não podem ser taxadas como patologias excepcionais e assim desprovidas de proteção; alguns dos direitos que as minorias possuem, até mesmo os direitos de um único cidadão, são preciosos demais ao cerne sob o qual se construiu o Estado Democrático de Direito para serem sacrificados, mesmo em prol do melhor interesse da sociedade em geral.

A necessidade da vigilância constante pelo do judiciário, seja qual for o processo adotado no âmbito do controle de constitucionalidade, advém de nada além da natureza individual dos interesses tutelados pela Constituição, e da necessidade de aplicação concreta desses interesses e expectativas para que se vejam plenamente realizados.

A essencialidade de um estudo do controle de constitucionalidade, dessa forma, está em encontrar a conformação sistemática que melhor acomode a defesa dos interesses e demandas individuais perante a sociedade, um processo que melhor se legitima quando a própria sociedade está inserida no contexto do controle de constitucionalidade.

**Referências bibliográficas:**

**Texto-base:** WALDRON, Jeremy, *The core of the case against judicial review*, The Yale Law Journal, 2006.

ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

CARVALHO NETTO, Menelick de, *Hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*, In: Revista Notícia do Direito Brasileiro, Volume 6, pp. 25-44, julho/dezembro de 1998.

COELHO, Luiz Fernando, *Teoria Crítica do Direito*, Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge: Harvard University Press, 1978.

_________________, *The partnership conception of democracy,* California Law Review 86, pp. 453-458.

_________________, *Justice in Robes*, Cambridge: Belknap press, 2006.

DYZENHAUS, David, *Are legislatures good at morality? Or better at it than the*

*courts?* In: International Journal of Constitutional Law, Volume 7, nº 1, janeiro de 2009.

ELY, John Hart, *Democracy and distrust: a theory of judicial review*, Cambridge: Harvard University Press, 2002.

HABERMAS, Jurgen, *Direito e Democracia entre facticidade e validade*, São Paulo: Tempo Brasileiro, 2003.

___________________, *Religion in the public sphere* In: European Journal of Philosophy, pp. 1-25, 2006.

HARVARD LAW REVIEW, *Legitimacy and the Constitution,* Volume 118, nº 6, abril de 2005.

LUHMANN, Niklas, *A constituição como aquisição evolutiva*, tradução por Menelick de Carvalho Netto, 1996.

__________________, *O direito como sistema social*, tradução por Paulo Sávio Peixoto Maia, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2011.

MOUFFE, Chantal, *Deliberative democracy or agonistic pluralism?,* Social Research 66, pp. 745-758, 1999.

NEVES, Marcelo, *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil,* São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_______________, *A Constitucionalização Simbólica,* São Paulo: Martins Fontes, 2007.

WALDRON, Jeremy, *Law and disagreement*, New York: Oxford University Press, 2004.

# CAPÍTULO 5

# A ATUAÇÃO DA ESFERA PÚBLICA POLÍTICA E DA SOCIEDADE CIVIL NO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DE JÜRGEN HABERMAS

Itanúsia Pinheiro Alves[43]

**DOI 10.11117/9788565604048.05**

**Resumo:** Este artigo pretende, a partir dos conceitos de esfera pública política e sociedade civil desenvolvidos por Jürgen Habermas, mostrar como a participação efetiva da sociedade civil no processo de tomada de decisões do Tribunal Constitucional pode dar mais legitimidade ao controle de normas desenvolvido pelo Poder Judiciário.

**Palavras-chave:** Controle de constitucionalidade, esfera pública política, sociedade civil, legitimidade democrática.

**Abstract:** This article aims, from the concepts of political public sphere and civil society developed by Jürgen Habermas, show how the effective participation of civil society in decision-making process of the Constitutional Courte may give more legitimacy to the judicial review.

**Key-words:** Judicial review, political public sphere, civil society and democratic legitimacy.

## 1. Introdução

A questão sobre quem deve ser o “guardião da Constituição” é uma indagação frequente em democracias constitucionais. Desde a clássica polêmica

---

[43] Acadêmica de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Membro do Grupo de Estudos “Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais”.

entre Kelsen e Schmitt, os juristas ou tentam dar um fundamento democrático ao controle de constitucionalidade realizado pelo Judiciário (*judicial review)*, para, com isso, justificá-lo, ou, ao contrário, defendem que tal função seria eminentemente política e, como tal, deveria ser resguardada a um órgão dotado de legitimidade democrática: o Poder Legislativo.

Kelsen foi um grande defensor da Jurisdição Constitucional, pois, no seu entender, era necessário um órgão capaz de assegurar a legitimidade da Constituição e tal órgão não poderia ser o Legislativo. Para ele:

> (...) não se deve contar com o Parlamento para implementar a sua própria subordinação à Constituição. O órgão que convém incumbir de anular seus atos inconstitucionais deve ser distinto dele, independente dele e, portanto, de qualquer outra autoridade estatal: esse órgão deve ser uma jurisdição ou um tribunal constitucional (KELSEN, 2003, p. 108).

Schmitt, ao contrário de Kelsen, acreditava que o controle de constitucionalidade não é uma função jurídica, mas sim uma tarefa eminentemente política. Dessa forma, Schmitt "proclama o presidente do Reich, ou seja, o ponto mais alto do executivo, como o 'guardião da constituição'" (HABERMAS, 2003b, p. 300-301).

Ainda hoje o controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário, mais especificadamente pelo Tribunal Constitucional, é alvo de críticas, tendo em vista que a revisão dos atos feitos por um poder democraticamente eleito (o Poder Legislativo) por um órgão, segundo muitos, desprovido da mesma legitimidade democrática (o Poder Judiciário), seria uma ofensa à tripartição dos poderes em um Estado Democrático de Direito.

Os defensores do controle abstrato de normas exercido pelos legisladores geralmente aduzem como argumento a origem democrática do Poder Legislativo. Assim, por ser um poder composto por representantes eleitos democraticamente, suas decisões seriam legítimas por si só. Em outras palavras, o argumento é, em síntese, de que:

> (...) a decisão de um legislativo eleito pela maioria do público é, em última análise, a melhor maneira de decidir questões sobre os

> direitos que têm os cidadãos individuais, reciprocamente e perante a sociedade como um todo (DWORKIN, 2001, p. 26)[44].

Segundo Jürgen Habermas, um dos mais importantes críticos do controle abstrato de normas, "[a] concorrência do tribunal constitucional com o legislador legitimado democraticamente pode agravar-se no âmbito do controle abstrato de normas" (HABERMAS, 2003b, p. 298) e, por isso, devemos encontrar uma maneira de assegurar que a atuação da Corte Constitucional não irá ferir a divisão dos poderes e, muito menos, usurpar competências legislativas.

No desenvolvimento do artigo, defende-se que a atuação do Tribunal Constitucional no controle abstrato de normas não é algo, por si só, ilegítimo, mas sim um instrumento de própria salvaguarda da clássica divisão dos poderes e da Constituição.

Em um segundo momento, a partir dos conceitos de esfera pública política e sociedade civil desenvolvidos por Habermas, pretende-se mostrar como a atuação da sociedade civil no processo de tomada de decisões no Poder Judiciário pode trazer mais legitimidade às decisões tomadas no âmbito do controle abstrato de normas, além de possibilitar que a sociedade civil manifeste a sua opinião sobre temas constitucionais controversos, principalmente os que envolvem a garantia dos direitos fundamentais.

## 2. Considerações iniciais: controle abstrato de constitucionalidade e controle procedimental

Habermas, na obra "Direito e Democracia: entre facticidade e validade", mostra-se extremamente crítico em relação ao controle abstrato de normas exercido por Tribunais Constitucionais. Para ele, até mesmo a existência de um Tribunal Constitucional, teoricamente legitimado a rever a atuação normativa do Poder Legislativo, não é algo dado *a priori*, ou seja, essa atuação das Cortes Constitucionais não pode ser entendida como uma função naturalmente reservada

---

[44] DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. p. 26. Destaque-se que Dworkin, no decorrer deste livro, rejeita o argumento supracitado, pois, segundo ele "[não há como se] imaginar em que argumento se poderia pensar para demonstrar que decisões legislativas sobre direitos têm mais probabilidade de serem corretas que decisões judiciais" (Ibid. p. 26). Segundo o autor, "os legisladores não estão, institucionalmente, em melhor posição que os juízes para decidir questões sobre direitos" (Ibid. p. 27).

ao Poder Judiciário no contexto de uma democracia constitucional, pois, segundo o autor:

> A existência de tribunais constitucionais não é auto-evidente. Tais instituições não existem em muitas ordens do Estado de Direito. E, mesmo onde eles existem – eu me restrinjo aqui à República Federal da Alemanha e aos Estados Unidos – há controvérsias sobre o seu lugar na estrutura de competências da ordem constitucional e sobre a legitimidade de suas decisões (HABERMAS, 2003b, p. 298).

Desse modo, Habermas inicia sua análise sobre os limites da jurisdição constitucional partindo dos seguintes questionamentos: quem é o verdadeiro legitimado para exercer o controle abstrato de normas: o Poder Legislativo ou os Tribunais Constitucionais? E, caso o controle de constitucionalidade seja exercido pela jurisdição constitucional, até onde o Judiciário pode ir sem ferir a divisão dos poderes e, a questão que se entende ser a mais problemática, como legitimar a atuação destes tribunais?

A resposta à primeira indagação, para Habermas, é evidente: "(...) o controle abstrato de normas é função indiscutível do legislador" (HABERMAS, 2003b, p. 301). Entretanto, caso essa função legislativa por excelência seja transferida à Corte Constitucional, tal transferência não é algo simples ou facilmente justificável, tendo em vista que só pode ser feita com base em "(...) uma fundamentação complexa" (HABERMAS, 2003b, p. 301), que teria como pressuposto a delegação do autocontrole do legislador ao Tribunal Constitucional.

Percebe-se, portanto, que o pensamento habermasiano parte da noção de que a revisão constitucional realizada pelo Poder Legislativo não significa necessariamente uma permissão ao poder despótico do Parlamento, no qual o próprio corpo elaborador das leis detivesse também o poder de decidir sobre a compatibilidade ou não das normas com a Constituição e, com isso, eventualmente permitir que leis inconstitucionais vigorassem apenas para satisfazer interesses pessoais ou de um grupo determinado de pessoas, em detrimento dos demais cidadãos.

Para Habermas, a partir do momento em que o Poder Legislativo revisa os seus próprios atos, não há uma tirania ou a sobreposição de um poder sobre os demais, mas, ao contrário, a possibilidade de que os legisladores realizem uma

reflexão contínua sobre as leis que criam e, a partir disso, possibilitar que durante o processo de elaboração das leis o legislador mantenha sempre em mente o "(...) conteúdo normativo de princípios constitucionais" (HABERMAS, 2003b, p. 300), abrindo a possiblidade de um "(...) incremento da racionalidade do processo de legislação" (HABERMAS, 2003b, p. 300).

Ocorre que, mesmo sendo um crítico do controle abstrato de normas exercido pela jurisdição constitucional, Habermas, face à própria existência de um Tribunal Constitucional encarregado de exercer o controle abstrato de normas em seu país de origem (Alemanha) e em grande parte das democracias ocidentais, passa a tentar estabelecer um limite à atuação dessas cortes. Ou seja, a pergunta, nessa parte da argumentação habermasiana, deixa de ser *quem* deve exercer o controle de constitucionalidade e passa a ser *como* o Tribunal Constitucional deve agir ao realizar este controle, para que respeite a divisão dos poderes e não se torne um legislador, sem que tenha sequer a legitimidade necessária para isso.

A partir dessa questão, portanto:

> (...) desencadeiam-se debates sobre a relação entre democracia e Estado de Direito e sobre a função e a posição do Tribunal Constitucional, de grande influência política. Nos Estados Unidos, se desenvolve um debate acalorado sobre a legitimidade do controle das normas *(judicial review)*, exercido pela *Supreme Court* em última instância, pois a convicção republicada segundo a qual 'todo o poder do Estado vem do povo' recusa-se a aceitar o poder elitista de especialistas em direito, que, apelando somente para a sua competência específica de interpretar a constituição e sem serem legitimados pelas maiorias democráticas, revogam decisões de um legislativo eleito democraticamente (HABERMAS, 2003a, p. 156-157).

Para tentar solucionar o problema de legitimidade democrática dos Tribunais Constitucionais, Habermas propõe que estes devem exercer apenas um controle procedimental, devendo, para isso, "(...) proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos" (HABERMAS, 2003b, p. 326).

Este tipo de controle de controle abstrato de normas a ser realizado pelo Tribunal Constitucional,

> (...) deve referir-se, em primeira linha, às condições da gênese democrática das leis, iniciando pelas estruturas comunicativas de uma esfera pública legada pelos meios de massa, passando, a

> seguir, pelas chances reais de se conseguir espaço para vozes desviantes e de reclamar efetivamente direitos de participação formalmente iguais, chegando até a representação simétrica de todos os grupos relevantes, interesses e orientações axiológicas no nível das corporações parlamentares e atingindo a amplitude dos temas, argumentos e problemas, dos valores e interesses, que têm entrada nas deliberações parlamentares e que são levadas em conta na fundamentação das normas a serem decididas (HABERMAS, 2003b, p. 327-328).

Destarte, a função primordial das Cortes Constitucionais seria a de preservar o processo democrático de elaboração das leis, isto é, garantir que durante esse processo haja uma abertura dos canais de comunicação entre a sociedade civil e o Estado (mais precisamente, o Poder Legislativo), preservando-se, com isso, a democracia deliberativa.

Ao estabelecer que os Tribunais Constitucionais limitem-se ao controle procedimental de normas, Habermas tenta evitar a usurpação de competências legislativas por parte do Judiciário, pois a função do Tribunal Constitucional não seria legislar, mas sim preservar o procedimento democrático do Legislativo. Nas palavras de Habermas:

> O fato de um tribunal constitucional e o legislador político ligarem-se às normas processuais não significa uma equiparação concorrente da justiça com o legislador. Os argumentos legitimadores, a serem extraídos da constituição, são dados preliminarmente ao tribunal constitucional, na perspectiva da aplicação do direito – e não na perspectiva de um legislador, que interpreta e configura o sistema dos direitos, à medida que persegue suas políticas. O tribunal torna a desamarrar o feixe de argumentos com os quais o legislador legitima suas resoluções, a fim de mobilizá-los para uma decisão coerente do caso particular, de acordo com princípios do direito vigente; todavia ele não pode dispor desses argumentos para uma interpretação imediata do tribunal e para uma configuração do sistema do direito e, com isso, para uma legislação implícita (HABERMAS, 2003b, p. 324-325).

A principal dificuldade em se entender este tipo de controle consiste no fato de que Habermas não apresenta nenhum exemplo de como o controle procedimental poderia ser feito. Este fato, aliado “a elevada abstração de sua construção teórica, que permite fugir ao enfrentamento com limitações (inclusive fáticas) das sociedades reais” (MIGUEL, 2005, p. 15) dificulta o entendimento de

como o Tribunal Constitucional poderia, de fato, garantir os procedimentos democráticos durante a formação das leis.

A teoria habermasiana, apesar de dar um grande passo ao admitir que uma das principais funções das Cortes Constitucionais é preservar o direito de participação da sociedade civil durante a elaboração de leis, não consegue estabelecer de maneira clara como o Tribunal poderia verificar se houve ou não a participação da sociedade civil durante a formação das leis.

Além disso, a Habermas não indaga se seria possível uma formação democrática da vontade no próprio processo de tomada de decisão nos tribunais, pois deixa bem claro que a função do Tribunal seria apenas:"utilizar os meios disponíveis no âmbito de sua competência para que o processo de normatização jurídica se realize sob condições da *política deliberativa*, que fundam legitimidade" (HABERMAS, 2003, p. 340).

Desse modo, fica claro que somente o conceito de controle procedimental não é suficiente, por si só, para estabelecer algum limite para a atuação do Tribunal Constitucional e, muito menos, para legitimá-lo, pois a aplicação do controle procedimental aos casos concretos torna-se dificultada pelo alto grau de abstração da teoria habermasiana.

Será necessário, portanto, estabelecer outras formas de legitimação e atuação para as Cortes Constitucionais, o que pode ser feito com base nas próprias ideias desenvolvidas por Habermas.

## 3. A participação da sociedade civil e da esfera pública política no controle abstrato de normas: garantia de legitimidade ao Tribunal Constitucional

A teoria habermasiana procura demonstrar a influência exercida pela esfera pública política e pela sociedade civil apenas no sistema político. O papel do Tribunal Constitucional, em relação à sociedade civil, seria apenas o de um "guardião dos canais de comunicação", de modo a garantir a formação democrática da vontade durante a elaboração das leis.

Desse modo, Habermas não chega a problematizar sobre a participação da sociedade civil no processo de tomada de decisões do Tribunal Constitucional, pois, para o autor, o controle abstrato de normas exercido por este órgão do Judiciário limitar-se-ia a um controle procedimental, controlando o processo de formação das leis e não propriamente o seu conteúdo. Por isso, se o Tribunal realizasse o controle procedimental, não haveria sequer a possibilidade de tal atuação ferir a divisão dos poderes.

Ao tratar sobre a legitimação da jurisdição constitucional, é necessário, primeiramente, explicitar os conceitos de sociedade civil e de esfera pública política elaborados pela teoria habermasiana.

Com efeito, Habermas parte de uma situação ideal de fala (MIGUEL, 2005, p. 14), ou seja, para ele todos os participantes da deliberação política possuem as mesmas condições de participação, podendo apresentar os seus argumentos de maneira igualitária, para que seja alcançado o consenso. Para tanto, “(...) apenas a argumentação racional é levada em conta, [neutralizando-se] a diferença de autoridade, de riqueza, de *status* ou qualquer outra” (MIGUEL, 2005, p. 14). Além disso, “[todos] os participantes estão dispostos a assimilar o argumento dos outros e não se prendem a posições prévias” (MIGUEL, 2005, p. 14).

A partir desses pressupostos, Habermas elabora o conceito de esfera pública política, entendida como o local (não necessariamente físico) em que ocorre a comunicação e o fluxo de opiniões em uma sociedade, isto é, uma “*estrutura comunicacional* do agir orientado pelo entendimento” (HABERMAS, 2003b, p. 92). Nas palavras do próprio autor, a esfera pública política pode ser definida da seguinte maneira:

> (...) uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e *opiniões*; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em *opiniões públicas* enfeixadas em temas específicos (HABERMAS, 2003b, p. 92).

A esfera pública política é o espaço de deliberação, no qual, ao menos idealmente, o argumento mais racional (entendido, por Habermas, como o melhor argumento) prevalece e há a possibilidade de que todos possam expor as suas opiniões, de maneira igualitária.

> Assim, o conceito de esfera pública tem, desde a sua origem, alguma das suas características centrais ligadas ao debate democrático contemporâneo: a primeira delas é a idéia de um espaço para a interação face-a-face diferenciado do Estado. Nesse espaço, os indivíduos interagem uns com os outros, debatem as decisões tomadas pela autoridade política, debatem o conteúdo moral das diferentes relações existentes ao nível da sociedade e apresentam demandas em relação ao Estado. Os indivíduos no interior de uma esfera democrática discutem e deliberam sobre questões políticas, adotam estratégias para tornar a autoridade política sensível às suas deliberações. Nesse sentido, o conceito de publicidade estabelece uma dinâmica no interior da política que não é movida nem por interesses particularistas nem pela tentativa de concentrar poder com o objetivo de dominar outros indivíduos. Pelo contrário, a idéia aqui presente é de que o uso público da razão estabelece uma relação entre participação e argumentação pública (AVRITZER, 2000, p. 36).

Por sua vez, a sociedade civil é definida como o conjunto de “(...) associações livres, não estatais e não econômicas, as quais ancoram as estruturas de comunicação da esfera pública nos componentes sociais do mundo da vida” (HABERMAS, 2003b, p. 99). Destaque-se que Habermas preocupa-se, ao excluir o caráter econômico e estatal, com a isenção que a sociedade civil deve preservar. Segundo o autor, caso a esfera pública política e a sociedade civil sejam absorvidas pelo poder e pelo dinheiro, deixariam de ser isentas e passariam a defender interesses de grupos específicos.

Habermas pretende evitar que a sociedade civil seja degenerada pelo poder administrativo e econômico, para que não haja, assim, uma verdadeira “colonização da sociedade civil” por interesses não-legítimos. É por isso que, de certa forma, Habermas “lamenta a decadência atual da esfera pública, manipulada por estratégias publicitárias” (MIGUEL, 2005, p. 13).

A sociedade civil, quando não colonizada pelo poder administrativo e econômico, possui uma função importantíssima na formação democrática da vontade e também na resolução de problemas sociais, pois, por estar na “periferia” do sistema político[45] consegue detectar mais facilmente os novos problemas

---

[45] Para Habermas, “[as] associações formadoras de opinião, especializadas em temas e contribuições e, em geral, em exercer influência pública, fazem parte da infra-estrutura civil de uma esfera pública dominada pelos meios de comunicação de massa, a qual, através de seus fluxos comunicacionais diferenciados e interligados, forma o verdadeiro contexto periférico” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade.* 2003b, p. 87-88).

surgidos e, assim, repassá-los à esfera pública política, a qual tem a função de transmiti-los para o sistema político.

No entanto, nem mesmo a esfera pública política é capaz de, por si só, resolver os problemas sociais identificados na sociedade civil, tendo em vista que carece de poderes para isso, por não ser institucionalizada. Segundo Habermas, em virtude de sua não institucionalização, a esfera pública política não exerce poder, mas apenas influência sobre as decisões a serem tomadas pelo poder político.

Ocorre que a influência exercida pela esfera pública política necessita passar pelo “filtro dos *processos* institucionalizados da formação democrática da opinião e da vontade" (HABERMAS, 2003b, p. 105), para que, somente com isso, possa influenciar a legislação.

Desse modo, a esfera pública política precisa transmitir tais problemas para as instituições políticas, para que, a partir da deliberação democrática, sejam solucionados. Assim,

> (...) a esfera pública política forma uma estrutura intermediária que faz a mediação entre o sistema político, de um lado, e os setores privado do mundo da vida e sistemas de ação especializados em termos de funções, de outro lado (HABERMAS, 2003b, p. 107).

Essa função intermediadora entre a esfera pública e os sistemas corresponde à própria definição de direito apresentada por Habermas, no Capítulo II do livro “Direito e Democracia: entre facticidade e validade”, pois, nesse capítulo, o direito é entendido como uma espécie de intermediador entre a sociedade e os sistemas, algo como um “*medium* para a integração social” (HABERMAS,1998-1999, p. 937), cuja função é “[fazer] a mediação entre um mundo da vida, reproduzido através do agir comunicativo, e sistemas sociais funcionais, que formam mundos circundantes uns para os outros” (HABERMAS, 2003b, p. 82).

A partir do que foi exposto até aqui, resta a seguinte indagação: a sociedade civil e a esfera pública política podem, de fato, exercer influência também no Tribunal Constitucional e, caso a resposta seja afirmativa, de que maneira isso daria legitimidade democrática a tal órgão?

Em primeiro lugar, Habermas admite que a esfera pública política pode influenciar os tribunais[46], porém, no decorrer de seu livro, seu foco é apenas sua influência no sistema político, talvez porque tal influência seja, pelo menos por enquanto, mais visível.

Além disso, Habermas também deixa explícita a existência de uma força legitimadora, advinda do debate público, tendo em vista que as discussões ocorridas no âmbito da esfera pública política, visando um entendimento recíproco entre os participantes, possibilitam que cada cidadão se coloque no lugar do outro e, com isso, haja um enriquecimento da deliberação política.

Em outras palavras, a partir do momento em que cada cidadão tem a oportunidade de expor as suas ideias em um ambiente público (arena política), no qual todos podem alcançar um consenso sobre o que está sendo discutido, a divergência de opiniões pode gerar, segundo Habermas, uma “força legitimadora”, advinda da política deliberativa.

Dessa forma,

> (...) só pode ter tido como legítimo aquilo em torno do qual os participantes da deliberação livre podem unir-se por si mesmos, sem depender de ninguém – portanto, aquilo que encontra assentimento fundamentado de todos, sob as condições de um discurso racional (HABERMAS, 2003, p. 162).

Para que se entenda como a participação da sociedade civil traz legitimidade à atuação dos Tribunais Constitucionais, é preciso levar em consideração que o debate público e a participação popular não se limitam às eleições. Além disso, deve-se entender que a cidadania não se restringe (e nem deve ser restringida) ao voto, levando-se em consideração que:

> “Povo” não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião

---

[46] “(...) a sociedade civil pode, *em certas circunstâncias*, ter opiniões públicas próprias, capazes de influenciar o complexo parlamentar (e os tribunais), obrigando o sistema político modificar o rumo do poder oficial”. (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade.* 2003b, p. 106).

> científica, com grupo de interesse, como cidadão (HÄBERLE, 2002, p. 37).

A partir das ideias de Peter Häberle, é possível perceber que legitimação democrática não se restringe ao voto e, por isso, é possível, sim, que um órgão não eleito democraticamente (no caso, o Tribunal Constitucional), tenha esta legitimidade. Assim, legitimidade democrática não pode ser entendida como sinônimo de legitimação advinda do voto, pois, segundo Häberle "existem muitas formas de legitimação democrática, desde que se liberte de um modo de pensar linear e "eruptivo" a respeito da concepção tradicional de democracia" (HÄBERLE, 2002, p. 39).

Para que o Tribunal Constitucional possa ter legitimidade democrática, é necessário que o debate acerca da própria interpretação constitucional seja aberto e que todos tenham o direito de participar dessas deliberações. Diante disso, "a interação com o grande público, perante o qual o jurista se sabe responsável, deve contribuir para a legitimação democrática do juízo de um juiz não suficientemente legitimado do ponto de vista democrático" (BRENNAN, William J. apud: HABERMAS, 2003, p. 158).

Percebe-se, portanto, que uma importante diferença entre Harbemas e Häberle é em relação à importância conferida aos diferentes momentos de participação da sociedade civil: a teoria habermasiana se foca, principalmente, na elaboração democrática das leis, portanto, na participação democrática durante o processo legislativo. Já Häberle analisa a participação democrática dos cidadãos durante a interpretação dessas leis, principalmente da Constituição. Dessa forma, podemos afirmar que os argumentos destes dois importantes juristas, antes de serem antagônicos entre si, são complementares.

A partir das ideias defendidas por Häberle, podemos dizer que o processo de inclusão da sociedade civil significa possibilitar que todos os afetados, direta ou indiretamente, pela decisão do Tribunal possam ter direito a participar e contribuir para a decisão a ser tomada. Isso é fundamental porque o Tribunal Constitucional não deve ser considerado o único capaz de interpretar a Constituição.

Todos os cidadãos, por vivenciarem o teor do texto constitucional, também podem ser considerados guardiões e intérpretes da Constituição. Assim, a

interpretação constitucional, ao invés de se fechar em um órgão técnico especializado, deve ser aberta, sendo que “os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade” (HÄBERLE, 2002, p. 13), possibilitando que os mais diferentes segmentos sociais tenham capacidade de participar da tomada de decisão.

No momento em que o Tribunal possibilita que a sociedade civil exerça o seu direito de participação, a sua função deixa de ser a de um mero “regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade” (HABERMAS, 2003b, p. 347), mas, ao contrário:

> (...) sob os olhares críticos de uma esfera pública jurídica politizada – da cidadania que se transformou na ‘comunidade dos intérpretes da constituição’ [conceito formulado por Häberle] -, o tribunal constitucional pode assumir, no melhor dos casos, o papel de um tutor (HABERMAS, 2003b, p. 347).

Assim, ao possibilitar que a sociedade civil possa manifestar a sua opinião sobre os temas constitucionais levados ao Tribunal, o controle abstrato de normas torna-se mais legítimo.

## 4. Formas de atuação da sociedade civil no processo de interpretação constitucional

Partindo da premissa de que a participação da sociedade civil gera legitimidade democrática ao Tribunal Constitucional, deve-se indagar de que forma essa participação pode ser realizada no contexto da sociedade atual. Em outras palavras, não basta apenas que a sociedade civil detecte os problemas existentes, mas é fundamental que ela possua a capacidade de “tematizá-los, problematizá-los e dramatizá-los de modo convincente e eficaz” (HABERMAS, 2003b, p. 91), sendo necessário, para isso, que a sociedade civil tenha reais possibilidades de participação.

Ao defender a “sociedade aberta de intérpretes da Constituição”, Häberle propõe que os tribunais constitucionais sejam cautelosos ao rever os atos do Poder Legislativo (HÄBERLE, 2002, p. 44). Para tanto, a participação popular durante o processo de elaboração das normas deve ser um dos parâmetros para que o Tribunal saiba o grau de intensidade do controle a ser realizado.

Ademais, Häberle destaca que o Tribunal Constitucional, no momento de sua decisão, também deve levar em conta os mais diversos interesses defensáveis, mesmo aqueles que não tenham sido defendidos durante o processo de tomada de decisão, a fim de que seja garantido os direitos dos grupos não-representados.

Dessa forma, Häberle defende uma espécie de “controle procedimental” que, ao invés de se focar apenas na elaboração democrática das leis, tal como defendido por Habermas, passa a se preocupar com a efetiva participação popular durante a interpretação constitucional.

Partindo do pressuposto de que “a intensidade do controle de constitucionalidade há de variar segundo as possíveis formas de participação” (HÄBERLE, 2002, p. 46), as questões constitucionais mais controversas, que dividem a opinião pública, deveriam ser objeto de um controle judicial mais rigoroso, ou seja, é preciso que o Tribunal tome mais cuidado ao conceder medidas liminares e que escute as mais diversas opiniões antes de proferir a sua decisão.

Para tanto, é necessário criar mecanismos de participação da sociedade civil durante o processo de controle de constitucionalidade, realizado pelo Tribunal Constitucional, principalmente em relação às decisões que envolvem os direitos fundamentais e que, por isso, podem afetar os mais diversos segmentos sociais.

Nesse sentido, o controle abstrato de constitucionalidade no Brasil apresenta dois mecanismos que conferem um “caráter pluralista e democrático (...) ao processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade” (MENDES; BRANCO, 2011, p. 1211), quais sejam: a figura do *amicus curiae* e da audiência pública (previstos, respectivamente, nos art. 7º, §2º e art. 9º, §1º, da Lei nº 9.868/99).

O *amicus curiae*, ou “amigo da Corte”, é uma figura advinda do direito norte-americano, sendo relativamente nova no ordenamento jurídico brasileiro. Sua atuação ocorre perante o Supremo Tribunal Federal e deve ser autorizada pelo Ministro relator do processo, levando-se em consideração o conhecimento do *amicus curiae* sobre a questão constitucional controversa objeto do processo.

Destaque-se que o *amicus curiae* não é uma parte processual, e sim um interessado na causa[47].

A audiência pública, juntamente com a figura do *amicus curiae*, possibilita que os mais diversos atores da sociedade civil possam se manifestar acerca do tema constitucional controverso, possibilitando, com isso, uma maior abertura do controle abstrato de normas e, com isso, maior legitimidade à decisão a ser proferida pelo Tribunal.

Dessa forma,

> A audiência pública é um instrumento do diálogo estabelecido com a sociedade na busca de soluções para as demandas sociais. É um espaço de conversação aberto para a co-construção de soluções para as questões apresentadas pela comunidade. Ela propicia ao particular a troca de informações com o administrador, bem assim o exercício da cidadania e o respeito ao princípio do devido processo legal em sentido substantivo[48].

A partir do debate público instaurado no próprio Tribunal Constitucional, abre-se a possibilidade de que a decisão no processo de controle abstrato de normas "(...) seja subsidiada por novos argumentos e diferentes alternativas de interpretação da Constituição" (MENDES; BRANCO, 2011, p. 1212), pois as mais diferentes vozes da sociedade têm a chance de expor os seus argumentos e, com isso, o Tribunal pode expandir os horizontes de sua decisão.

Assim,

> A ampliação da participação parece, nesse caso, contribuir para a argumentação. Em primeiro lugar, porque os atores trazem para os arranjos participativos razões anteriormente não contempladas pelas decisões estatais. (...) Nesse sentido, (...) a preocupação habermasiana [parece estar contemplada], na medida em que se substitui a percepção da falta da legitimidade do processo de agregação de maiorias por um formato institucional no qual maiorias e minorias, ou interesses simplesmente distintos, podem argumentar sobre as suas posições, algo que a teoria democrática convencional julgava desnecessário (AVRITZER, 2000, p. 43).

---

[47] Informação disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=533. Acesso em 12 de novembro de 2011.

[48] Informação disponível em: http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/9/docs/duvidas_frequentes_audiencias_publicas.pdf. Acesso em 12 de novembro de 2011.

A deliberação política advinda da audiência pública e da intervenção do *amicus curiae* permite que "os participantes em atividades conjuntas [reconheçam] que eles influenciaram e contribuíram para que certos desfechos ocorressem" (AVRITZER, 2000, p. 43), permitindo, portanto, que a decisão tomada pelo Tribunal, mesmo que não seja idêntica ao defendido por determinados participantes da deliberação, possa ser considerada legítima.

Nesse sentido, "decisão legítima" não pode ser entendida como uma decisão que "representa a *vontade* de todos, mas [sim] é aquela que resulta da *deliberação de todos*" (MANIN apud MIGUEL, 2005, p. 17).

**Conclusão**

O processo de inclusão da sociedade civil no controle abstrato de normas não é algo fácil de ser realizado. Em primeiro lugar, porque a premissa habermasiana de que todos têm as mesmas chances de participação no debate político, alcançando-se, ao final, o consenso[49] é altamente criticável, tendo em vista que:

> (...) os mecanismos de deliberação pública também possuem vieses e favorecem o atendimento de determinado tipo de interesse. Os grupos dominantes – isto é, aqueles que possuem maior capital econômico ou cultural – são, uma vez mais, privilegiados. Mais do que postular a superioridade da ação comunicativa e exorcizar a ação estratégica, ou, ainda, fantasiar um espaço em que a racionalidade pura dos indivíduos dialogue consigo mesma até alcançar o consenso, é necessário entender que desigualdades estruturais desequilibram as interações entre os diferentes agentes sociais (MIGUEL, 2005, p. 17).

Ao comentar as premissas da teoria habermasiana, Michel Rosenfeld fez as seguintes considerações:

> Minha crítica é com base em que Habermas deriva um modelo de ambos, dos direitos constitucionais e democracia, como um paralelo entre os mesmos, baseado em um modelo puramente procedimental. O que eu critico é o modelo puramente procedimental em dois fundamentos. Ou esse modelo é irrelevante ou não pode nos auxiliar, porque não há base para o consenso. A base do seu modelo é o que deve ser institucionalizado é aquilo com que todos deveriam concordar, pelo menos, do ponto de vista do interesse de todos, para sua implementação. Eu acho que essa é uma situação, um contexto muito vago. Eu concordo com a formulação geral: seria ótimo se

---

[49] Neste artigo, estendemos essa ideia também à participação da sociedade civil no controle abstrato de normas.

> todos nós concordássemos quanto ao que é essencial para funcionarmos como uma democracia. Quais os valores, quais as instituições, quais as regras. Nesse caso, eu não tenho qualquer controvérsia com ninguém. No entanto eu acho que Habermas está errado ao assumir que há um tal conjunto de instituições que possibilitem esse consenso (ROSENFELD, 2004, p. 50).

Entretanto, o próprio Habermas está ciente de que sua premissa não é observável na realidade, pois sabe que as desigualdades econômicas e sociais interferem na qualidade da argumentação e na capacidade de convencimento dos demais interlocutores. É claro, também, que a teoria habermasiana sabe que nem sempre os interlocutores estão dispostos a alcançar o consenso ou a ceder ao argumento do outro.

Dessa forma, a situação de fala ideal nada mais é, portanto, do que um “ideal normativo” (MIGUEL, 2005, p. 17) necessário para que a teoria habermasiana possa se desenvolver. É apenas um referencial teórico necessário para que a argumentação de Habermas alcance os seus objetivos, defendendo uma noção de discurso capaz de gerar legitimidade e resguardar a democracia.

Mesmo sendo alvo de críticas, a situação de fala ideal defendida por Habermas nos ajuda a entender o importante papel que a sociedade civil pode desempenhar nos sistemas político e jurídico, pois mostra que a sociedade não deve ser impassível ao exercício do poder político e, muito menos, ao processo de tomada de decisão no controle abstrato de normas realizado pelo Tribunal Constitucional.

Ao contrário, a sociedade civil deve, assim como defendido por Habermas, exercer a sua influência e transformar a realidade ao seu redor, por meio da argumentação e do debate público, mesmo que nem sempre todos tenham a oportunidade de se manifestar.

A partir do debate público, a sociedade civil pode “influir diretamente na autotransformação do sistema político constituído como um Estado de direito” (HABERMAS, 2003b, p. 105).

Outro ponto importante a ser ressaltado é que, a partir do momento em que se inclui o debate público como forma de legitimação do Tribunal Constitucional, trazendo novos atores para o processo de tomada de decisão, percebe-se que a

discussão inicial tratada neste artigo (quem deveria ser o responsável pelo controle de constitucionalidade: Legislativo ou Judiciário?) perde um pouco de sua importância. Ou seja, a questão mais importante a ser respondida não seria quem deve realizar o controle abstrato de constitucionalidade, mas sim de que forma a sociedade pode ter voz durante as tomadas de decisões, sejam elas tomadas por quem for.

Em outras palavras, devemos ter em mente que “na medida em que algo é negociado, a questão não é tanto a mudança das instituições, mas a mudança do modo de funcionamento das instituições e a relação entre as mesmas” (ROSENFELD, 2004, p. 41).

Nessa linha de raciocínio, merece destaque o defendido por Mangabeira Unger, pois, para este autor, “uma sociedade desorganizada ou organizada desigualmente não pode se reinventar” (UNGER, 2004, p. 79). E para que a sociedade civil seja de fato organizada e reinventada, é necessário, tal como defendido neste artigo, trazê-la para o debate público. Dessa forma, a própria política seria “energizada”, com a inclusão de novos discursos e diferentes pontos de vista.

Destaque-se que os exemplos de participação (ou “energização”) tratados neste artigo (*amicus curiae* e audiência pública) devem ser entendidos como meros exemplos das *várias* formas de atuação da sociedade civil. Isto é, a sociedade civil deve sempre se reinventar e criar novas formas de atuação.

Os cidadãos devem se conscientizar de que “a maior garantia de qualquer constituição chama-se cidadania, uma cidadania viva e atuante, zelosa de seus direitos” (NETTO, 2003, p. 163) e, para que as decisões do Tribunal Constitucional sejam efetivamente legitimas, é preciso que a sociedade civil seja incluída no debate.

É preciso compreender, portanto, que “[não há] constitucionalismo sem legitimidade popular, pois aí há autoritarismo” (NETTO; MATTOS, 2005 p. 14). E para que haja essa legitimidade democrática não é necessário que os juízes do Tribunal Constitucional sejam eleitos, mas sim que as suas decisões sejam tomadas

de maneira democrática, incluindo os diretamente afetados pelas suas decisões: os cidadãos.

Em outras palavras, “não há Constituição a ser defendida se ela não for vivenciada” (NETTO, 2003, p. 161). A Constituição precisa ser vivida, ou seja, vivenciada por todos, para que haja mudanças efetivas na realidade. A maior garantia da aplicação das normas constitucionais é a existência de cidadãos conscientizados. Somente assim, os direitos constitucionais serão realmente garantidos.

**Referências bibliográficas:**

AVRITZER, Leonardo. **Teoria democrática e deliberação pública**. Lua Nova, São Paulo, n. 50, 2000. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=_arttext&pid=S0102-64452000000200003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 09 de novembro de 2011.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). *Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

______________________ e MATTOS, Virgílio de. **O novo direito dos portadores de transtorno mental: o alcance da Lei 10.216/2001**. Conselho Federal de Psicologia. 2005. Disponível em: <http://www.pol.org.br/pol/cms/pol/publicacoes/cartilhas/cartilhas_051021_0110.html>. Acesso em 09 de novembro de 2011.

**Conceito de audiência pública**. Disponível em <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/9/docs/duvidas_frequentes_audiencias_publicas.pdf>. Acesso em 13 de novembro de 2011.

**Conceito de *amicus curiae***. Disponível<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=533>. Acesso em 13 de novembro de 2011.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, 1ª ed. 2ª reimp, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Era das transições.** Trad. Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

________________. **Between facts and norms: an author's reflections**. Denver University Law Review, Denver, n. 76, p. 937-942.1998-1999. Tradução para fins exclusivamente acadêmicos de Paulo Henrique Blair de Oliveira. Texto não publicado.

________________. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Volumes I e II. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional - A sociedade aberta dos interpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição.** Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Editora Sérgio Antonio Fabris. Porto Alegre, 2002.

KELSEN, Hans. **A garantia jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional)**. Direito Público. v. 1, n. 1, p. 90-130, jul/ago/set. 2003. Disponível em < http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/504/507> Acesso em 09 de novembro de 2011.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional e o Estado Democrático de Direito.** Cad. Esc. Legisl. Belo Horizonte, v. 7, n. 12, p. 11-63; jan/jun. 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIGUEL, Luis Felipe. **Teoria Democrática atual: esboço de mapeamento.** BIB: Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais, São Paulo n.59, p.5-42, 2005.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O Direito e o futuro da democracia**. Goitempo Editorial. 2004.

# CAPÍTULO 6

# MINIMALISMO JUDICIAL: LIMITES E POSSIBILIDADES DE SUA APLICABILIDADE AO SISTEMA JUDICIAL BRASILEIRO.

**Lucas Faber de Almeida Rosa**[50]

**DOI 10.11117/9788565604048.06**

**Resumo:** Diante da acentuada presença do Poder Judiciário nos processos de tomada de decisões das democracias constitucionais contemporâneas, o presente artigo analisa a concepção de minimalismo judicial apresentada pelo jurista norte-americano Cass R. Sunstein, apresentando suas vantagens e desvantagens, bem como sua aplicabilidade ao sistema judicial brasileiro, principalmente como promotor do debate democrático.

**Palavras-chave:** Controle de constitucionalidade, minimalismo judicial, direitos fundamentais, legitimidade democrática.

## 1. Considerações iniciais

A questão atinente ao papel assumido pelo Poder Judiciário nas democracias constitucionais contemporâneas é das mais relevantes. Sendo assim, os juízes passaram, ao longo do século XX, por uma mudança de posicionamento no desenho institucional, representada por uma gradual desneutralização de sua atuação, que deixa de ser aquela tradicional subsunção do caso concreto à lei, para figurar como agente transformador da sociedade.

Com efeito, esse fenômeno é maximizado pela concretização do controle de constitucionalidade dos atos normativos pelo Poder Judiciário[51], o qual se afirma

---

[50] Acadêmico de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Membro do Grupo de Estudos em Direito Constitucional.

como esfera preponderante na conformação da sociedade. Sendo assim, de modo a desenvolver a idéia por trás desse processo de concentração de poder nos juízes, é interessante transcrever o ensinamento do Ministro Gilmar Mendes em artigo analisando a figura do apelo ao legislador na Corte Constitucional Alemã:

> A influência dos grupos de pressão sobre o legislador, o *déficit* de racionalidade identificado no processo legislativo e a possibilidade de que as decisões majoritárias do corpo legislativo venham a lesar direitos de minorias constituem elementos denotadores de uma mudança do papel desempenhado pela "***lei***" nos modernos sistemas constitucionais. A existência de órgão judicial especial, incumbido de exercer o controle constitucional, impõe aos órgãos submetidos a esse sistema de controle um "***dever de racionalidade***" (***Zwang der Rationalität***) na concretização da Constituição. Como acentua Starck, se se entender a democracia como representação funcionalmente legitimada e controlada, a jurisdição constitucional, longe de configurar um corpo estranho, expressaria essa idéia fundamental de controle.
> Pode-se afirmar, portanto, que, ao compensar eventuais debilidades identificadas no processo legislativo, a jurisdição constitucional não está usurpando funções tradicionais da representação popular, mas apenas exercendo as atribuições que lhe foram confiadas dentro desse novo modelo constitucional.
> Nesse contexto, o desenvolvimento pela Suprema Corte de novas formas de decisão expressa o propósito de cumprir, efetivamente, o complexo mister de órgão central de controle jurídico. Não se pode olvidar que a função de Guardião da Constituição (***Hüter der Verfassung***) exige que contemple, nas suas decisões, a necessidade de preservação da ordem constitucional que deve ser protegida. É que, enquanto órgão constitucional que participa na formação da vontade do Estado, a Corte Constitucional está obrigada a considerar as conseqüências jurídicas de suas decisões para a sociedade estatal, evitando orientar-se, simploriamente, pelo lema "***fiat justitia pereat mundus***". (MENDES. 1992. p. 4)

Não obstante essas vantagens, observa-se, paralelamente a esse processo, uma tendência de agigantamento do Judiciário, que passa a ocupar espaços de outros entes, decidindo questões como verdadeira consciência moral da sociedade. Nesse sentido, cumpre citar a análise feita por Ingeborg Maus:

> Não se trata simplesmente da ampliação objetiva das funções do Judiciário, com o aumento do poder da interpretação, a crescente disposição para litigar ou, em especial, a consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador, principalmente no continente europeu após as duas guerras mundiais. Acompanha essa evolução uma

[51] Neste ponto, cumpre ressaltar que o controle de constitucionalidade pelo Judiciário, que remonta ao caso norte-americano Marbury v. Madison, está calcado na idéia de que os tribunais são os entes mais adequados para exercerem a função de guardião da Constituição.

> representação da Justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa. Em face desse fenômeno, somente em poucos países ainda é possível identificar uma discussão que envolva posições de 'esquerda' e de 'direita' entre os juristas. Assim é que hoje em dia, em países como Finlândia e Inglaterra, onde a articulação do processo político realiza-se sem qualquer controle jurisdicional da constitucionalidade, os de direita tentam introduzir este controle, enquanto os de esquerda investem todos os esforços argumentativos para obstaculizá-lo. A República Federal da Alemanha, como é sabido, não se soma a esses poucos países. Qualquer crítica sobre a jurisdição constitucional atrai para si a suspeita de localizar-se fora da democracia e do Estado de direito, sendo tratada pela esquerda como uma posição exótica. (MAUS. 1999. p. 185) (grifos nossos).

Bem se vê, portanto, a consolidação, na maior parte das democracias constitucionais do Ocidente, de um modelo institucional em que os juízes assumem papel fundamental, não se limitando a resolver as lides da sociedade, mas interferindo decisivamente na efetivação das normas constitucionais e na concretização dos direitos fundamentais. Da mesma forma, esse processo de empoderamento do Poder Judiciário é verificado no Brasil. De fato, a evolução constitucional brasileira levou a um aumento do poder dos magistrados, notadamente do Supremo Tribunal Federal (STF) – por meio do controle de constitucionalidade abstrato[52] -, permitindo à Justiça um papel cada vez mais preponderante no âmbito da sociedade.

Nesse contexto, o exercício dessa função pelos juízes gera diversos questionamentos para o funcionamento da sociedade. Isto porque a atuação dos juízes traz em seu bojo questionamentos relevantes acerca da sua pertinência e viabilidade, referentes, principalmente, à ausência de *accountability* e à falta de recursos técnicos e institucionais adequados para solucionar questões cujo horizonte é mais amplo que a simples subsunção do caso concreto.

Com isso, é possível depreender que o Judiciário, ao tornar-se protagonista da cena social, pode obstruir instâncias deliberativas fundamentais para um

---

[52] De fato, a evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade aponta para uma progressiva redução da importância do controle incidental de atos normativos. Isso decorre, principalmente, da ampla legitimação para propositura de ação direta de constitucionalidade estabelecida pela Constituição Federal de 1988, em contraposição ao monopólio da ação outrora conferido ao Procurador-Geral da República na sistemática adotada pelo legislador constituinte de 1967/69.

ambiente democrático saudável. Além disso, ao se imiscuir em assuntos para os quais não é o ente adequado para encontrar a melhor solução, o juiz impede a participação de novos atores no processo de efetivação das diretrizes constitucionais.

Tendo em vista esse quadro, a teoria do minimalismo judicial surge como alternativa para a promoção da democracia. Nos termos dessa corrente, os juízes devem atuar de modo a evitar decisões que bloqueiem o debate e as tomadas de decisão na esfera legislativa. Nesse sentido, o Judiciário atuaria consciente de estar inserido como uma das instituições de uma sociedade democrática e plural, e com o intuito de promover práticas democráticas.

Dessa forma, o presente artigo tem o objetivo de analisar a concepção de minimalismo judicial apresentada pelo jurista norte-americano Cass R. Sunstein no livro “One case at a time”, apresentando suas vantagens e desvantagens, bem como sua aplicabilidade ao sistema judicial brasileiro, principalmente como promotor do debate democrático.

Ademais, ao longo do artigo, demonstraremos que o minimalismo judicial, ao vislumbrar o Judiciário como mais um agente responsável pela efetivação dos direitos fundamentais – e não o único -, abre espaço para a atuação de outras entidades mais adequadas e efetivas em determinadas situações.

## 2. Minimalismo judicial: aspectos gerais

A crescente importância atribuída à ação do Poder Judiciário, a despeito de respaldada por louváveis considerações atinentes à supremacia da Constituição e à efetivação dos direitos fundamentais, gera, como vimos anteriormente, reflexões a respeito da adequação dessa atuação em face do desenvolvimento da democracia.

Nesse sentido, é interessante observar, a título de exemplo, a questão da evolução do comportamento do STF em face da omissão inconstitucional. Com efeito, inicialmente essa Corte, ao constatar tal deficiência na atuação do Legislativo, limitava sua decisão a avisar ao legislador que esse estava em mora. Contudo, a evolução da jurisprudência do STF foi conduzida no sentido de o mesmo ir além do

simples apontamento da existência de uma omissão, de modo a, ele mesmo, regulamentar as situações carentes de uma providência legislativa.

Tal mudança ocorreu, na hipótese dos mandados de injunção, com os sucessivos questionamentos acerca do direito de greve dos servidores públicos. Assim, o entendimento de que na ausência de norma regulamentadora o exercício do direito de greve não pode ser exercido foi suplantado por uma intervenção do Poder Judiciário, atuando de forma semelhante às sentenças aditivas do modelo italiano.

Nesse contexto, é inevitável que surjam questionamentos acerca da legitimidade dessa atuação do Poder Judiciário. Com efeito, quais os limites para essa atuação? Quais os efeitos dessas decisões para as instâncias deliberativas e, portanto, para o sistema democrático?

Tendo em vista esses questionamentos, Cass Sunstein apresenta o minimalismo judicial como uma alternativa capaz de estabelecer o Judiciário como promotor da democracia, consciente de suas limitações e atento à necessidade de ampliar o grau de *accountability* das decisões tomadas na sociedade. Dessa forma, passamos à análise da proposta minimalista elaborada pelo jurista norte-americano.

Inicialmente, é importante observar que Sunstein não apresenta uma teoria que implicaria o rearranjo institucional referente às possibilidades, por exemplo, de controle de constitucionalidade pelo Judiciário. Em outros termos, o objetivo não é refutar a fiscalização pelos juízes, mas sim modificar o processo de elaboração da decisão judicial. Conseqüentemente, não se trata de vislumbrar quem faz o controle, mas sim de como esse controle é operacionalizado dentro de uma moldura de um Estado Democrático de Direito.

Feita essa ressalva, o autor em estudo estabelece uma distinção entre minimalismo procedimental – o qual recebe uma atenção especial de Sunstein – e substancial. Este refere-se ao consenso a respeito de uma série de princípios que constituem a essência da Constituição e as balizas dentro das quais o debate democrático deve ser operado.

Já o aspecto procedimental do minimalismo diz respeito à elaboração de decisões que não exaurem o debate democrático, abrindo espaço para a discussão em outras instâncias. Assim, esse aspecto reflete a consciência, pelo juiz, da presença de um "dissenso razoável em uma sociedade heterogênea" (SUNSTEIN. 2001. p. ix), o qual não deve ser resolvido por meio de regras claras expedidas pelo Poder Judiciário, mas sim por meio de uma constante abertura para o debate em esferas deliberativas que propiciem a participação e a responsabilidade dos agentes tomadores de decisão.

## 3. Minimalismo judicial e Democracia deliberativa

A análise desse último ponto nos permite vislumbrar o íntimo relacionamento estabelecido por Sunstein entre minimalismo judicial e democracia deliberativa. De fato, uma Corte minimalista atua de forma a elaborar decisões que promovam os objetivos principais de uma democracia deliberativa: "political accountability" e "reason-giving"[53]. Isto porque ela tem consciência de suas limitações técnicas e institucionais, estando inserida em um ambiente com vários atores, muitos dos quais têm uma legitimidade maior para tomar determinadas decisões em áreas sensíveis para a sociedade. Neste ponto, vale transcrever o seguinte trecho do autor em estudo:

> *There is a relationship between judicial minimalism and democratic deliberation. Of course minimalism rulings increase the space for further reflection and debate at the local, state, and national levels, simply because they do not foreclose subsequent decisions. And if the Court wants to promote more democracy and more deliberation, certain forms of minimalism will help it to do so. If, for example, the Court says that a ban on 'indecent' speech is therefore unconstitutional simply because it is vague, the Court will, in a sense, promote democratic processes by requiring Congress to legislate with specificity. Or if the Courts says that any discrimination against homosexuals must be justified in some way, it will promote political*

---

[53] Sunstein analisa esses objetivos da seguinte forma: "The goal of accountability is fostered by ensuring that officials with the requisite of political legitimacy make relevant decisions. Hence the non-delegation and void-for-vagueness doctrines ensure legislative rather than executive lawmaking; hence certain public law doctrines try to ensure that Congress, rather than the bureaucracy, has focused on certain issues. Attempts to ensure against continued rule by old judgments 'frozen'by political processes belong in the same category. Reason-giving, a central part of political deliberation, is associated with the control of factional power and self-interested representation, the constitutional framers' dual concerns". (2001. P. 31).

> *deliberation by ensuring that law is not simply a product of unthinking hatred or contempt.* (SUNSTEIN. 2001. p. 4)

Assim, juízes minimalistas podem, a partir de decisões cautelosas, abrir espaço para que órgãos deliberativos possam escolher caminhos importantes. Portanto, segundo Sunstein, é possível diferenciar três espécies de resultados que uma decisão judicial pode alcançar: (i) 'democracy-promoting', em que a Corte determina que julgamentos deliberativos sejam feitos por órgãos democráticos com accountability; (ii) 'democracy-foreclosing', em que certas práticas fora dos limites da política são regulamentadas pelo Judiciário; e (iii) 'democracy-permitting', em que a Corte apenas valida o que o processo político produziu (SUNSTEIN. 2001. p. 26).

Dessas espécies, aquelas que promovem deliberações democráticas são as que mais se aproximam do minimalismo judicial. Com efeito, as características das decisões minimalistas possibilitam que elas funcionem como elementos estimulantes de um ambiente democrático saudável, no qual decisões relevantes sejam tomadas em instâncias deliberativas. Nesse sentido, vale citar os exemplos dados por Sunstein de como uma decisão minimalista pode promover a democracia:

> *1 A court might strike down vague laws precisely because they ensure that executive branch officials, rather than elected representatives, will determine the content of the law.*
> *2 A court might use the nondelegation doctrine to require legislative rather than executive judgments on certain issues.*
> *3 A court might interpret ambiguous statutes so as to keep them away from the terrain of constitutional doubt, on the theory that constitutionally troublesome judgments, to be upheld, ought to be made by politically accountable bodies, and not by bureaucrats and administrators. This 'clear statement' idea is the post-New Deal version of the nondelegation doctrine; it shows that the doctrine is not really dead but is used in a more modest and targeted way to ensure that certain decisions are made by Congress rather than the executive branch.*
> *4 A court might invoke the doctrine of desuetude, which forbids the use of old laws lacking current public support, to require nore in the way of accountability and deliberation.*
> *5 A court might require discrimination to be justified by reference to actual rather than hypothetical purposes, thus leaving open the question of wheter justifications would be adequate if actually offered and found persuasive in politics.*
> *6 A court might attempt to ensure that all decisions are supported by public-regarding justifications rather than by power and*

> *self-interest; it might in this way both model and police the system of public reason.* (SUNSTEIN. 2001. p. 27)

Essa abertura para debates democráticos é feita por outra característica do juiz minimalista ressaltada por Sunstein: o uso construtivo do silêncio. Assim, o minimalismo deixa determinados pontos da controvérsia sem uma resolução final, ou seja, permite que os pontos centrais de dissenso sejam propositalmente deixados sem um posicionamento da autoridade judiciária de modo a permitir uma intensificação da discussão em instâncias deliberativas.

Neste ponto, o minimalismo judicial tem um ponto de contato interessante com a teoria das virtudes passivas de Alexander Bickel. Essas virtudes surgem quando a Corte recusa-se a julgar determinado caso, seja em razão de não entender que seja o momento adequado para emitir uma decisão, seja por entender que haveria uma interferência demasiada no processo político. No contexto norte-americano, a Suprema Corte exercita essas virtudes por meio do "denial of certiorari", quando nega a determinado caso o acesso a sua jurisdição. Conquanto semelhante procedimento seja estranho ao direito brasileiro, em que a inafastabilidade da jurisdição constitui garantia constitucional, é interessante observar como age uma Corte minimalista. Sendo assim, cumpre transcrever a reflexão de Sunstein sobre o tema:

> *The basic principles of justiciability are designed to limit the occasions for judicial interference with political process. These principles – involving mootness, ripeness, reviewability, and standing – say that judges can intervene only at certain times and at the behest of certain people. In this way the principles are obviously an effort to minimize the judicial presence in American public life. It may be tempting to see these principles as firm, rule-bound law, allowing no room for discretionary judgments. But realistically speaking, justiciability doctrines are used prudentially and strategically and in response to considerations of the sort I am discussing here.*
> *(…)*
> *A judgment f mootness will certainly minimize short-term decision costs; it may reduce error costs as well; and it will increase the scope for democratic deliberation about the issue at hand. My suggestion is that the notion of the 'passive virtues' can be analyzed in a more productive way if we see that notion as part of judicial minimalism and as an effort to increase space for democratic choice and to reduce the costs of decision and the costs of error.* (SUNSTEIN. 2001. p. 40)

Além do uso do silêncio, as decisões minimalistas têm dois aspectos interessantes: são estreitas e superficiais. A primeira característica diz respeito a evitar a definição de regras amplas aplicáveis a várias situações, ou seja, decide-se apenas o que é necessário para a solução da lide. Com isso, o juiz minimalista permite que as discussões não sejam encerradas em sua decisão, mas sim que elas sejam debatidas em outras instâncias. Já a superficialidade refere-se a elaborar decisões cujos fundamentos teóricos são incompletos, permitindo que indivíduos que divergem em questões abstratas profundas e complexas – o que é comum em sociedades democráticas plurais -, possam chegar a um consenso no caso concreto. Nesse sentido, é imprescindível transcrever a análise feita por Sunstein:

> *In pointing to shallowness rather than depth, however, I will be emphasizing something different: the possibility of concrete judgments on particular cases, unaccompanied by abstract accounts about what accounts for those judgments. The concrete outcomes are backed not by abstract theories but by unambitious reasoning on which people can converge from diverse foundations, or with uncertainty about appropriate foundations. Of course many philosophical debates, including those about law, operate at a high level of abstraction, but the combatants can often be brought into agreement when concrete questions are raised about appropriate law. Kantians and utilitarians might well agree, for example, that speed-limit laws of a certain kind make sense, or that the law of negligence points in proper directions, or that there is no right to kill infants.* (SUNSTEIN. 2001. p. 13)

Essas características da teoria em estudo revelam, também, um de seus principais objetivos: a redução dos custos de uma decisão judicial. De fato, os custos oriundos de erros nas decisões afetam toda a sociedade e o sistema judiciário, uma vez que as decisões repercutem umas nas outras. Nesse sentido, uma decisão que estabelece uma regra clara e abstrata que abarca diversas situações tem, em caso de erro, conseqüências muito mais sérias para a sociedade. Por conseguinte, o minimalismo, ao buscar decisões mais estreitas e menos abstratas, evita custos significativos.

No entanto, ainda que a princípio o minimalismo pareça ser mais interessante do ponto de vista de atenuar eventuais custos em causados por erros nas decisões, tal vantagem comparativa não pode ser afirmada abstratamente. Com efeito,

decisões minimalistas podem estar, na verdade, repassando os custos do erro para outras cortes, e não os reduzindo.

Ademais, ao elaborar uma decisão estreita o juiz pode incrementar os custos decorrentes de erro; isto porque, vários erros podem advir de outros juízes tentarem extrair uma solução dessa decisão[54], a qual, em razão de sua estreiteza e superficialidade, pode ocasionar dificuldades decorrentes de uma falta de clareza. Dessa forma, conforme analisaremos em outro ponto deste artigo, o minimalismo, quando se trata de reduzir os custos de uma decisão judicial, nem sempre será a melhor opção; e só em face do caso concreto é possível definir qual técnica adotar.

## 4. Minimalismo judicial e garantia de direitos fundamentais: o caso da guerra norte-americana contra o terrorismo.

Outrossim, quanto à garantia de direitos fundamentais, o minimalismo pode não ser o melhor caminho a ser seguido. Nesse sentido, existem casos em que uma atuação estreita e superficial, que deixe a decisão principal para as instâncias deliberativas, pode fragilizar a proteção e efetivação de garantias constitucionais. Essa crítica é pertinente e atinge o minimalismo em seu cerne, uma vez que a função primordial do Judiciário, principalmente quando exerce o controle de constitucionalidade, é justamente proteger os direitos fundamentais não só de abusos do Estado, mas também da maioria democrática.

Isso aconteceu por ocasião das prisões ocorridas na guerra contra o terrorismo empreendida por George W. Bush após os atentados de 11/09/2001. Com efeito, diversos indivíduos foram presos sob o fundamento de estarem relacionados a atividades terroristas; porém, não tiveram acesso às garantias constitucionais básicas referentes ao processo penal, como o devido processo legal e o juiz natural.

---

[54] Obviamente, esse risco é muito maior no sistema de common law em que os precedentes ocupam posição relevante na formação do convencimento do juiz. No entanto, com a constante aproximação desse sistema com o romano-germânico, os precedentes (principalmente das instâncias superiores) têm ocupado lugar cada vez mais importante no Brasil – como ocorre com os diversos mecanismos responsáveis por incrementar a vinculação de outros juízes às decisões do STF -; razão pela qual esse questionamento direcionado ao minimalismo faz sentido também em nossa realidade.

Ocorre que a reação da Suprema Corte a essa situação foi lenta e pouco enérgica no sentido de garantir os direitos fundamentais dos acusados, como no caso Padilla v. Rumsfeld[55]. Padilla foi preso em solo americano em 2002, tendo sido mantido preso por mais de dois anos sem nenhuma acusação formal, e sem ser adequadamente enquadrado como combatente inimigo, já que sequer participou dos combates convencionais. No entanto, ao julgar seu pedido, a Suprema Corte indeferiu-o com base em questões técnicas (incompetência do juízo), deixando de analisar as questões fundamentais envolvendo o caso[56].

---

[55] Disponível no site http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=US&navby=case&vol=000&invol=03-1027 . Acesso em 27/11/2011 às 18:36.

[56] A Corte decidiu o caso nos seguintes termos:

1. Because this Court answers the jurisdictional question in the negative, it does not reach the question whether the President has authority to detain Padilla militarily. P. 1.

2. The Southern District lacks jurisdiction over Padilla's habeas petition. Pp. 5-23.

(a) Commander Marr is the only proper respondent to Padilla's petition because she, not Secretary Rumsfeld, is Padilla's custodian. The federal habeas statute straightforwardly provides that the proper respondent is "the person" having custody over the petitioner. §§2242, §2243. Its consistent use of the definite article indicates that there is generally only one proper respondent, and the custodian is "the person" with the ability to produce the prisoner's body before the habeas court, see *Wales* v. *Whitney,* 114 U. S. 564, 574. In accord with the statutory language and *Wales*' immediate custodian rule, longstanding federal-court practice confirms that, in "core" habeas challenges to present physical confinement, the default rule is that the proper respondent is the warden of the facility where the prisoner is being held, not the Attorney General or some other remote supervisory official. No exceptions to this rule, either recognized or proposed, apply here. Padilla does not deny the immediate custodian rule's general applicability, but argues that the rule is flexible and should not apply on the unique facts of this case. The Court disagrees. That the Court's understanding of custody has broadened over the years to include restraints short of physical confinement does nothing to undermine the rationale or statutory foundation of the *Wales* rule where, in core proceedings such as the present, physical custody *is* at issue. Indeed, that rule has consistently been applied in this core context. The Second Circuit erred in taking the view that this Court has relaxed the immediate custodian rule with respect to prisoners detained for other than federal criminal violations, and in holding that the proper respondent is the person exercising the "legal reality of control" over the petitioner. The statute itself makes no such distinction, nor does the Court's case law support a deviation from the immediate custodian rule here. Rather, the cases Padilla cites stand for the simple proposition that the immediate physical custodian rule, by its terms, does not apply when a habeas petitioner challenges something other than his present physical confinement. See, *e.g., Braden* v. *30th Judicial Circuit Court of Ky.,* 410 U. S. 484; *Strait* v. *Laird,* 406 U. S. 341. That is not the case here: Marr exercises day-to-day control over Padilla's physical custody. The petitioner cannot name someone else just because Padilla's physical confinement stems from a military order by the President. Identification of the party exercising legal control over the detainee only comes into play when there is no immediate physical custodian. *Ex parte Endo*, 323 U. S. 283, 304-305, distinguished. Although Padilla's detention is unique in many respects, it is at bottom a simple challenge to physical custody imposed by the Executive. His detention is thus not unique in any way that would provide arguable basis for a departure from the immediate custodian rule. Pp. 5-13.

(b) The Southern District does not have jurisdiction over Commander Marr. Section §2241(a)'s language limiting district courts to granting habeas relief "within their respective jurisdictions" requires "that the court issuing the writ have jurisdiction over the custodian," *Braden, supra,* at 495. Because Congress added the "respective jurisdictions" clause to prevent judges anywhere from issuing the Great Writ on behalf of applicants far distantly removed, *Carbo* v. *United States,* 364 U. S. 611, 617, the traditional rule has always been that habeas relief is issuable only in the district of confinement, *id.,*

Situações análogas a essa se repetiram ao longo dos anos em razão do perfil minimalista da Corte. Este panorama modificou-se apenas em 2004, no caso Hamdi v. Rumsfeld[57], em que a Suprema Corte agiu mais assertivamente de modo a garantir direitos fundamentais dos acusados e limitar a atuação do Poder Executivo, elaborando, inclusive, um procedimento a ser adotado pelas autoridades de forma a preservar o direito dos acusados ao devido processo legal[58], conforme se extrai do seguinte trecho do voto condutor do Justice O'Connor:

> *Striking the proper constitutional balance here is of great importance to the Nation during this period of on-going combat. But it is equally vital that our calculus not give short shrift to the values that this country holds dear or to the privilege that is American citizenship. It is during our most challenging and uncertain moments that our Nation's commitment to due process is most severely tested; and it is in those times that we must preserve our commitment at home to the principles for which we fight abroad. See Kennedy v. Mendoza-Martinez, 372 U. S. 144, 164–165 (1963) ("The imperative necessity for safeguarding these rights to procedural due process under the gravest of emergencies has existed throughout our constitutional history, for it is then, under the pressing exigencies of crisis, that there is the greatest temptation to dispense with guarantees which, it*

---

at 618. This commonsense reading is supported by other portions of the habeas statute, *e.g.,* §2242, and by Federal Rule of Appellate Procedure 22(a). Congress has also legislated against the background of the "district of confinement" rule by fashioning explicit exceptions: *E.g.,* when a petitioner is serving a state criminal sentence in a State containing more than one federal district, "the district . . . wherein [he] is in custody" and "the district . . . within which the State court was held which convicted and sentenced him" have "concurrent jurisdiction," §2241(d). Such exceptions would have been unnecessary if, as the Second Circuit believed, §2241 permits a prisoner to file outside the district of confinement. Despite this ample statutory and historical pedigree, Padilla urges that, under *Braden* and *Strait,* jurisdiction lies in any district in which the respondent is amenable to service of process. The Court disagrees, distinguishing those two cases. Padilla seeks to challenge his present physical custody in South Carolina. Because the immediate-custodian rule applies, the proper respondent is Commander Marr, who is present in South Carolina. There is thus no occasion to designate a "nominal" custodian and determine whether he or she is "present" in the same district as petitioner. The habeas statute's "respective jurisdictions" proviso forms an important corollary to the immediate custodian rule in challenges to present physical custody under §2241. Together they compose a simple rule that has been consistently applied in the lower courts, including in the context of military detentions: Whenever a §2241 habeas petitioner seeks to challenge his present physical custody within the United States, he should name his warden as respondent and file the petition in the district of confinement. This rule serves the important purpose of preventing forum shopping by habeas petitioners. The District of South Carolina, not the Southern District of New York, was where Padilla should have brought his habeas petition. Pp. 13-19.

[57] Disponível no site http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=000&invol=03-6696&friend . Acesso em 30/11/2011 às 20:25.

[58] Ainda que tenha representado um avanço, a decisão do caso Hamdi v. Rumsfeld significou uma intervenção pouco efetiva da Suprema Corte. De fato, os juízes limitaram sua atuação à garantia dos direitos dos cidadãos americanos, sem analisar os demais casos de presos em Guantanamo, que constituem a esmagadora maioria dos casos. Assim, resta claro que a Corte não analisou questões fundamentais, como, por exemplo, a possibilidade de o Executivo manter um indivíduo preso, sem acusações formais, ao argumento de ser um combatente inimigo.

> *is feared, will inhibit government action"); see also United States v. Robel, 389 U. S. 258, 264 (1967) ("It would indeed be ironic if, in the name of national defense, we would sanction the subversion of one of those liberties . . . which makes the defense of the Nation worthwhile").*
>
> *With due recognition of these competing concerns, we believe that neither the process proposed by the Government nor the process apparently envisioned by the District Court below strikes the proper constitutional balance when a United States citizen is detained in the United States as an enemy combatant. That is, "the risk of erroneous deprivation" of a detainee's liberty interest is unacceptably high under the Government's proposed rule, while some of the "additional or substitute procedural safeguards" suggested by the District Court are unwarranted in light of their limited "probable value" and the burdens they may impose on the military in such cases. Mathews, 424 U. S., at 335.*
>
> *We therefore hold that a citizen-detainee seeking to challenge his classification as an enemy combatant must receive notice of the factual basis for his classification, and a fair opportunity to rebut the Government's factual assertions before a neutral decisionmaker. See Cleveland Bd. of Ed. v. Loudermill, 470 U. S. 532, 542 (1985) ("An essential principle of due process is that a deprivation of life, liberty, or property 'be preceded by notice and opportunity for hearing appropriate to the nature of the case'" (quoting Mullane v. Central Hanover Bank & Trust Co., 339 U. S. 306, 313 (1950)); Concrete Pipe & Products of Cal., Inc. v. Construction Laborers Pension Trust for Southern Cal., 508 U. S. 602, 617 (1993) ("due process requires a 'neutral and detached judge in the first instance'" (quoting Ward v. Monroeville, 409 U. S. 57, 61–62 (1972)). "For more than a century the central meaning of procedural due process has been clear: 'Parties whose rights are to be affected are entitled to be heard; and in order that they may enjoy that right they must first be notified.' It is equally fundamental that the right to notice and an opportunity to be heard 'must be granted at a meaningful time and in a meaningful manner.'" Fuentes v. Shevin, 407 U. S. 67, 80 (1972) (quoting Baldwin v. Hale, 1 Wall. 223, 233 (1864); Armstrong v. Manzo, 380 U. S. 545, 552 (1965) (other citations omitted)). These essential constitutional promises may not be eroded.*

Bem se vê, todavia, que nesse lapso de inércia da Justiça transcorreram três anos de ofensas à Constituição e aos direitos de cidadãos americanos. Nesse sentido, cabe questionar se o minimalismo judicial é capaz de assegurar a efetivação dos direitos fundamentais. Quanto a essa questão, Sunstein argumenta que uma decisão minimalista incrementa a justiça de uma decisão, uma vez que tende a ter custos diminuídos em relação a decisões maximalistas.

Entretanto, como vimos anteriormente, não é possível definir abstratamente se uma decisão minimalista reduz os custos, mas sim em face do caso concreto. Conseguintemente, é necessário compreender que o minimalismo judicial não é a melhor alternativa em todas as hipóteses, mas sim uma ferramenta, uma verdadeira técnica de decisão a serviço da construção e promoção de uma sociedade democrática. Sunstein, inclusive, reconhece que existem situações em que o

Judiciário deve adotar uma postura mais assertiva e interventiva, estabelecendo regras mais claras e amplas, conforme se depreende do trecho abaixo:

> *As a practical matter, minimalism may be the only possible route for a multimember tribunal, which may be incapable of bridging its many disagreements, and which may be able to converge only on a minimal ruling. If this is so, minimalism Will be not so much desirable as inevitable. But it is worthwhile to attempt a broad and deep solution (1) when judges have considerable confidence in the merits of that solution, (2) when the solution can reduce costly uncertainty for future courts and litigants, (3) when advance planning is important, and (4) when a maximalist approach will promote democratic goals either by creating the preconditions for democracy or by imposing good incentives on elected officials, incentives to which they are likely to be responsive. Minimalism becomes more attractive (1) when judges are proceeding in the midst of (constitutionally relevant) factual or moral uncertainty and rapidly changing circumstances, (2) when any solutions seems likely to be confounded by future cases, (3) when the need for advance planning does not seem insistent, and (4) when the preconditions for democratic self-government are not at stake and democratic goals are not likely to be promoted by a rule-bound judgment. It follows that the case for minimalism is not separable from an assessment of the underlying substantive controversies.* (SUNSTEIN. 2001. p. 57)

Sendo assim, entendemos que o minimalismo, enquanto uma alternativa para a atuação do Judiciário, não é a melhor atitude em todas as hipóteses. Com efeito, conforme ressaltamos no início deste artigo, o minimalismo judicial trata de como é operacionalizado o processo de formação da decisão, e como tal é apenas uma das formas de abordar as controvérsias jurídicas. Assim, caso as circunstâncias exijam a emissão de uma decisão que regule de maneira ampla e clara uma situação para, por exemplo, estabelecer um marco regulador seguro de determinada área, ou garantir direitos fundamentais de minorias, o minimalismo pode causar mais erros e prejudicar a efetivação da Constituição.

Portanto, resta claro que o minimalismo encontra enorme barreira para a sua viabilidade quando tratamos de garantir direitos fundamentais, de realizar a Constituição. Isto ocorre principalmente quando, diante de uma situação de inércia de outros órgãos na concretização de determinados direitos, o Judiciário precisa atuar de forma positiva, elaborando decisões claras e amplas, capazes de suprir a omissão de outros entes.

Não obstante esses aspectos, que ficaram claros na análise do caso Hamdi v. Rumsfeld, acreditamos que o minimalismo constitui uma alternativa interessante para a promoção do ambiente democrático, bem como para a abertura de espaços de tomada de decisões da sociedade para outros atores.

## 5. Minimalismo judicial: limites e possibilidades no direito brasileiro

Até aqui estudamos o minimalismo judicial observando as vantagens e desvantagens de sua aplicação na resolução de uma das mais tormentosas questões da hermenêutica constitucional atual: os limites da atuação do Poder Judiciário e seu papel na tomada de decisões fundamentais da sociedade.

Assim, verificamos que, a despeito de não ser a solução ideal em todos os casos, o minimalismo pode ser uma alternativa interessante e proveitosa, capaz de ampliar os horizontes institucionais das sociedades democráticas. No entanto, essa ferramenta não é muito utilizada no direito brasileiro, e tampouco constitui fator integrante da mentalidade de nossos juízes. Com efeito, o constante aumento da interferência do Judiciário, notadamente do STF, na sociedade brasileira reflete o lugar central que os magistrados ocupam no processo de tomada de decisões. Foi o que aconteceu, por exemplo, no caso do exercício do direito de greve por servidores públicos, já citado neste artigo, cuja ementa foi elaborada nos seguintes termos:

> MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIAÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989. 1. SINAIS DE EVOLUÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DO MANDADO DE

INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). 1.1. (...) 2. O MANDADO DE INJUNÇÃO E O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS NA JURISPRUDÊNCIA DO STF. (...) 3. DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS. HIPÓTESE DE OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL. MORA JUDICIAL, POR DIVERSAS VEZES, DECLARADA PELO PLENÁRIO DO STF. RISCOS DE CONSOLIDAÇÃO DE TÍPICA OMISSÃO JUDICIAL QUANTO À MATÉRIA. A EXPERIÊNCIA DO DIREITO COMPARADO. LEGITIMIDADE DE ADOÇÃO DE ALTERNATIVAS NORMATIVAS E INSTITUCIONAIS DE SUPERAÇÃO DA SITUAÇÃO DE OMISSÃO. 3.1. A permanência da situação de não-regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis contribui para a ampliação da regularidade das instituições de um Estado democrático de Direito (CF, art. 1o). Além de o tema envolver uma série de questões estratégicas e orçamentárias diretamente relacionadas aos serviços públicos, a ausência de parâmetros jurídicos de controle dos abusos cometidos na deflagração desse tipo específico de movimento grevista tem favorecido que o legítimo exercício de direitos constitucionais seja afastado por uma verdadeira "lei da selva". 3.2. Apesar das modificações implementadas pela Emenda Constitucional no 19/1998 quanto à modificação da reserva legal de lei complementar para a de lei ordinária específica (CF, art. 37, VII), observa-se que o direito de greve dos servidores públicos civis continua sem receber tratamento legislativo minimamente satisfatório para garantir o exercício dessa prerrogativa em consonância com imperativos constitucionais. 3.3. Tendo em vista as imperiosas balizas jurídico-políticas que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, o STF não pode se abster de reconhecer que, assim como o controle judicial deve incidir sobre a atividade do legislador, é possível que a Corte Constitucional atue também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo. 3.4. A mora legislativa em questão já foi, por diversas vezes, declarada na ordem constitucional brasileira. Por esse motivo, a permanência dessa situação de ausência de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis passa a invocar, para si, os riscos de consolidação de uma típica omissão judicial. 3.5. Na experiência do direito comparado (em especial, na Alemanha e na Itália), admite-se que o Poder Judiciário adote medidas normativas como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais, sem que a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais se configure como ofensa ao modelo de separação de poderes (CF, art. 2o). 4. DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS. REGULAMENTAÇÃO DA LEI DE GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL (LEI No 7.783/1989). FIXAÇÃO DE PARÂMETROS DE CONTROLE JUDICIAL DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELO LEGISLADOR INFRACONSTITUCIONAL. 4.1. A disciplina do direito de greve para os trabalhadores em geral, quanto às "atividades essenciais", é especificamente delineada nos arts. 9o a 11 da Lei no 7.783/1989. Na hipótese de aplicação dessa legislação geral ao caso específico do direito de greve dos servidores públicos, antes de tudo, afigura-se inegável o conflito existente entre as necessidades mínimas de

legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos civis (CF, art. 9o, caput, c/c art. 37, VII), de um lado, e o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua a todos os cidadãos (CF, art. 9o, §1o), de outro. Evidentemente, não se outorgaria ao legislador qualquer poder discricionário quanto à edição, ou não, da lei disciplinadora do direito de greve. O legislador poderia adotar um modelo mais ou menos rígido, mais ou menos restritivo do direito de greve no âmbito do serviço público, mas não poderia deixar de reconhecer direito previamente definido pelo texto da Constituição. Considerada a evolução jurisprudencial do tema perante o STF, em sede do mandado de injunção, não se pode atribuir amplamente ao legislador a última palavra acerca da concessão, ou não, do direito de greve dos servidores públicos civis, sob pena de se esvaziar direito fundamental positivado. Tal premissa, contudo, não impede que, futuramente, o legislador infraconstitucional confira novos contornos acerca da adequada configuração da disciplina desse direito constitucional. 4.2 Considerada a omissão legislativa alegada na espécie, seria o caso de se acolher a pretensão, tão-somente no sentido de que se aplique a Lei no 7.783/1989 enquanto a omissão não for devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos civis (CF, art. 37, VII). 4.3 Em razão dos imperativos da continuidade dos serviços públicos, contudo, não se pode afastar que, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto e mediante solicitação de entidade ou órgão legítimo, seja facultado ao tribunal competente impor a observância a regime de greve mais severo em razão de tratar-se de "serviços ou atividades essenciais", nos termos do regime fixado pelos arts. 9o a 11 da Lei no 7.783/1989. Isso ocorre porque não se pode deixar de cogitar dos riscos decorrentes das possibilidades de que a regulação dos serviços públicos que tenham características afins a esses "serviços ou atividades essenciais" seja menos severa que a disciplina dispensada aos serviços privados ditos "essenciais". 4.4. O sistema de judicialização do direito de greve dos servidores públicos civis está aberto para que outras atividades sejam submetidas a idêntico regime. Pela complexidade e variedade dos serviços públicos e atividades estratégicas típicas do Estado, há outros serviços públicos, cuja essencialidade não está contemplada pelo rol dos arts. 9o a 11 da Lei no 7.783/1989. Para os fins desta decisão, a enunciação do regime fixado pelos arts. 9o a 11 da Lei no 7.783/1989 é apenas exemplificativa (numerus apertus). 5. O PROCESSAMENTO E O JULGAMENTO DE EVENTUAIS DISSÍDIOS DE GREVE QUE ENVOLVAM SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS DEVEM OBEDECER AO MODELO DE COMPETÊNCIAS E ATRIBUIÇÕES APLICÁVEL AOS TRABALHADORES EM GERAL (CELETISTAS), NOS TERMOS DA REGULAMENTAÇÃO DA LEI No 7.783/1989. A APLICAÇÃO COMPLEMENTAR DA LEI No 7.701/1988 VISA À JUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS QUE ENVOLVAM OS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS NO CONTEXTO DO ATENDIMENTO DE ATIVIDADES RELACIONADAS A NECESSIDADES INADIÁVEIS DA COMUNIDADE QUE, SE NÃO ATENDIDAS, COLOQUEM "EM PERIGO IMINENTE A SOBREVIVÊNCIA, A SAÚDE OU A SEGURANÇA DA POPULAÇÃO" (LEI No 7.783/1989, PARÁGRAFO

ÚNICO, ART. 11). (...) 6. DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIAÇÃO DO TEMA NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989. 6.1. Aplicabilidade aos servidores públicos civis da Lei no 7.783/1989, sem prejuízo de que, diante do caso concreto e mediante solicitação de entidade ou órgão legítimo, seja facultado ao juízo competente a fixação de regime de greve mais severo, em razão de tratarem de "serviços ou atividades essenciais" (Lei no 7.783/1989, arts. 9o a 11). 6.2. Nessa extensão do deferimento do mandado de injunção, aplicação da Lei no 7.701/1988, no que tange à competência para apreciar e julgar eventuais conflitos judiciais referentes à greve de servidores públicos que sejam suscitados até o momento de colmatação legislativa específica da lacuna ora declarada, nos termos do inciso VII do art. 37 da CF. 6.3. Até a devida disciplina legislativa, devem-se definir as situações provisórias de competência constitucional para a apreciação desses dissídios no contexto nacional, regional, estadual e municipal. Assim, nas condições acima especificadas, se a paralisação for de âmbito nacional, ou abranger mais de uma região da justiça federal, ou ainda, compreender mais de uma unidade da federação, a competência para o dissídio de greve será do Superior Tribunal de Justiça (por aplicação analógica do art. 2o, I, "a", da Lei no 7.701/1988). Ainda no âmbito federal, se a controvérsia estiver adstrita a uma única região da justiça federal, a competência será dos Tribunais Regionais Federais (aplicação analógica do art. 6o da Lei no 7.701/1988). Para o caso da jurisdição no contexto estadual ou municipal, se a controvérsia estiver adstrita a uma unidade da federação, a competência será do respectivo Tribunal de Justiça (também por aplicação analógica do art. 6o da Lei no 7.701/1988). As greves de âmbito local ou municipal serão dirimidas pelo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal com jurisdição sobre o local da paralisação, conforme se trate de greve de servidores municipais, estaduais ou federais. 6.4. Considerados os parâmetros acima delineados, a par da competência para o dissídio de greve em si, no qual se discuta a abusividade, ou não, da greve, os referidos tribunais, nos âmbitos de sua jurisdição, serão competentes para decidir acerca do mérito do pagamento, ou não, dos dias de paralisação em consonância com a excepcionalidade de que esse juízo se reveste. Nesse contexto, nos termos do art. 7o da Lei no 7.783/1989, a deflagração da greve, em princípio, corresponde à suspensão do contrato de trabalho. Como regra geral, portanto, os salários dos dias de paralisação não deverão ser pagos, salvo no caso em que a greve tenha sido provocada justamente por atraso no pagamento aos servidores públicos civis, ou por outras situações excepcionais que justifiquem o afastamento da premissa da suspensão do contrato de trabalho (art. 7o da Lei no 7.783/1989, in fine). 6.5. Os tribunais mencionados também serão competentes para apreciar e julgar medidas cautelares eventualmente incidentes

> relacionadas ao exercício do direito de greve dos servidores públicos civis, tais como: i) aquelas nas quais se postule a preservação do objeto da querela judicial, qual seja, o percentual mínimo de servidores públicos que deve continuar trabalhando durante o movimento paredista, ou mesmo a proibição de qualquer tipo de paralisação; ii) os interditos possessórios para a desocupação de dependências dos órgãos públicos eventualmente tomados por grevistas; e iii) as demais medidas cautelares que apresentem conexão direta com o dissídio coletivo de greve. 6.6. Em razão da evolução jurisprudencial sobre o tema da interpretação da omissão legislativa do direito de greve dos servidores públicos civis e em respeito aos ditames de segurança jurídica, fixa-se o prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria. 6.7. Mandado de injunção conhecido e, no mérito, deferido para, nos termos acima especificados, determinar a aplicação das Leis nos 7.701/1988 e 7.783/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis.

Diante dessa decisão do Supremo é possível observar o protagonismo do Judiciário no desenvolvimento da sociedade brasileira. De fato, a inércia do Poder Legislativo em agir de modo a garantir aos servidores o exercício do direito de greve abriu espaço para que o STF regulamentasse a situação. Portanto, os Ministros entenderam presentes as condições para o exercício do controle de forma positiva. Isto porque, conforme verificamos ao longo deste artigo, em condições análogas a essas o minimalismo judicial não é capaz de assegurar os direitos fundamentais.

Com isso queremos dizer que o minimalismo é uma dentre muitas técnicas de decisão judicial à disposição dos magistrados. Nesse sentido, caso o objetivo da Corte seja assegurar garantias constitucionais, uma ação incisiva do STF - por meio da declaração de nulidade sem redução de texto, ou da interpretação conforme -, é mais interessante. Entretanto, quando o objetivo é promover o debate democrático e as tomadas de decisão por instâncias deliberativas, o minimalismo constitui técnica viável.

Assim, se em determinados casos a técnica minimalista não é adequada, visto que a atuação positiva do Judiciário é necessária para a proteção de direitos fundamentais, em outros ela pode ser ferramenta interessante de promoção da democracia. Isto aconteceu no próprio STF no julgamento de mandados de injunção requerendo a regulamentação do direito ao aviso prévio. Nessa hipótese, o Supremo, seguindo a jurisprudência firmada nos casos de greve de servidor público,

admitiu a possibilidade de regulamentar a questão, conforme se aduz do seguinte trecho do Informativo n. 632 do STF:

> O Plenário iniciou julgamento conjunto de mandados de injunção em que se alega omissão legislativa dos Presidentes da República e do Congresso Nacional, ante a ausência de regulamentação do art. 7º, XXI, da CF, relativamente ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço ("Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: ... XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;"). Na espécie, os impetrantes, trabalhadores demitidos sem justa causa após mais de uma década de serviço, receberam de seu empregador apenas um salário mínimo a título de aviso prévio. O Min. Gilmar Mendes, relator, ao reconhecer a mora legislativa, julgou procedente o pedido. Inicialmente, fez um retrospecto sobre a evolução do Supremo quanto às decisões proferidas em sede de mandado de injunção: da simples comunicação da mora à solução normativa e concretizadora. Destacou que, no tocante ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, o Min. Carlos Velloso, em voto vencido, construíra solução provisória fixando-o em "10 dias por ano de serviço ou fração superior a 6 meses, observado o mínimo de 30 dias". Aduziu, entretanto, que essa equação também poderia ser objeto de questionamento, porquanto careceria de amparo fático ou técnico, uma vez que a Constituição conferira ao Poder Legislativo a legitimidade democrática para resolver a lacuna. O Min. Luiz Fux acrescentou que o art. 8º da CLT admitiria como método de hetero-integração o direito comparado e citou como exemplos legislações da Alemanha, Dinamarca, Itália, Suíça, Bélgica, Argentina e outras. Apontou, ainda, uma recomendação da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre a extinção da relação trabalhista. Por sua vez, o Min. Marco Aurélio enfatizou que o critério a ser adotado deveria observar a proporcionalidade exigida pelo texto constitucional e propôs que também se cogitasse de um aviso prévio de 10 dias — respeitado o piso de 30 dias — por ano de serviço transcorrido. O Min. Cezar Peluso sugeriu como regra para a situação em comento que o benefício fosse estipulado em um salário mínimo a cada 5 anos de serviço. O Min. Ricardo Lewandowski, por seu turno, mencionou alguns projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional. Diante desse panorama, o relator acentuou a existência de consenso da Corte quanto ao provimento do writ e à necessidade de uma decisão para o caso concreto, cujos efeitos, inevitavelmente, se projetariam para além da hipótese sob apreciação. Após salientar que a mudança jurisprudencial referente ao mandado de injunção não poderia retroceder e, tendo em conta a diversidade de parâmetros que poderiam ser adotados para o deslinde da controvérsia, indicou a suspensão do julgamento, o qual deverá prosseguir para a explicitação do dispositivo final. MI 943/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, 22.6.2011. (MI-943).[59]

---

[59] Disponível no site http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo632.htm Acesso em 27/11/2011 às 14:30.

Por conseguinte, apesar de admitir a necessidade de uma atuação positiva, o Supremo agiu de forma cautelosa, suspendendo o processo para estudos mais aprofundados da questão. Além disso, os ministros reconheceram claramente que o Poder Legislativo tem maior legitimidade para solucionar a questão[60]. Com a suspensão do processo, o STF concedeu tempo para que o Legislativo agisse, o que resultou na edição da Lei n. 12.506 de 11/11/2011 – a qual dispõe sobre o aviso prévio. Nesse sentido, é possível vislumbrar e existência, ainda que incipiente, de um diálogo institucional, bem como uma postura cautelosa da Corte que promoveu o debate democrático nas instâncias deliberativas.

Ocorre que a recepção do minimalismo judicial pelo direito brasileiro, na forma como proposta por Sunstein, pode encontrar alguns obstáculos na estrutura institucional brasileira. Sendo assim, um dos pressupostos para a concretização dessa corrente é a existência de um diálogo institucional, o qual é incipiente no Brasil. Em outros termos, em uma realidade sem um diálogo efetivo entre os poderes, eventuais decisões judiciais do tipo ‘democracy-promoting’ têm grandes possibilidades de restarem ineficazes, sem assegurar a democracia, e tampouco os direitos fundamentais.

Obviamente, o minimalismo pode ser ferramenta interessante justamente para fomentar esse diálogo institucional, mas não se pode perder de vista que a escolha da técnica de decisão adequada deve ser feita de modo que as decisões tenham máxima eficácia nos objetivos propostos.

Além disso, é necessário atentar para o grau de aplicabilidade do minimalismo judicial no âmbito do controle abstrato de normas, bem como para a possibilidade de ser minimalista ao analisar a regularidade de um dispositivo em face da Constituição. De fato, a análise de Sunstein é baseada no sistema norte-americano, no qual não há um sistema de ações abstratas direcionadas à Suprema

---

[60] Neste ponto, vale citar notícia veiculada no site do STF, que deixa explícita a postura cautelosa da Corte: “Ao sugerir a suspensão dos debates para aprofundar os estudos sobre o tema, o ministro Gilmar Mendes observou que qualquer solução para os casos concretos hoje debatidos acabará se projetando para além deles. ‘As fórmulas aditivas passam também a ser objeto de questionamentos’, afirmou, ponderando que o Poder com legitimidade para regulamentar o assunto é o Congresso Nacional”. (Reportagem disponível no site http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=182667 Acesso em 29/11/2011 às 10:30).

Corte idêntico ao brasileiro, o que poderia impedir uma perfeita aplicação do minimalismo ao nosso sistema judicial.

Neste ponto, todavia, entendemos que as características especiais do controle abstrato não impedem que uma Corte seja minimalista. Isto porque o minimalismo, visto como técnica de decisão, abarca uma série de medidas que o juiz pode tomar para promover a democracia e permitir a atuação de outros agentes, ou apenas para prolongar o debate a respeito de uma questão controvertida.

Sendo assim, o STF pode adotar, em sede de controle abstrato, uma postura minimalista. Basta observar que na verificação de uma omissão inconstitucional, o Tribunal pode, diante das circunstâncias políticas e com o intuito de incrementar o debate, limitar-se a declarar a mora legislativa, ao invés de avançar e regulamentar a questão.

Ademais, é imprescindível observar que a oposição entre os sistemas norte-americano e europeu de constitucionalidade sofreu, ao longo do século XX, uma significativa atenuação. De um lado, o sistema norte-americano passou a utilizar diversos mecanismos processuais, como o 'writ of certiorari', que aproximaram a Suprema Corte do formato de Corte Constitucional. Por outro lado, os países europeus desenvolveram mecanismos – como a possibilidade de qualquer juiz, ao verificar uma possível inconstitucionalidade, remeter o caso para o Tribunal Constitucional – que têm um viés de controle incidental. Nesse sentido, cumpre transcrever a análise feita por Francisco Segado:

> *La virtualidad didáctica de los adjetivos "difuso" y "concentrado" es grande; de ello no cabe la menor duda. Sin embargo, hoy no se puede decir que retraten la realidad de la institución considerada, por lo que su valor explicativo es bastante dudoso.*
> *Más aún, incluso desde una perspectiva histórica resulta que la completa vigencia práctica de los postulados teóricos en que se sustentaba la bipolaridad sistema difuso / sistema concentrado o, con más rigor, judicial review of Legislation / Verfassungsgerichtsbarkeit, fue más bien escasa, produciéndose muy pronto una cierta relativización de algunos de sus rasgos más característicos. No será necesario esperar a la nueva concepción sustentada por los constituyentes europeos de la segunda postguerra, si bien a partir de este momento el proceso relativizador de los binomios precedentemente citados se acentuará de modo notable. En efecto, ya la muy relevante reforma constitucional austríaca de 1929 (la Zweite Bundesverfassungsnovelle, de 7 de diciembre de 1929)*

agrietará la supuesta solidez de las diferencias binomiales. A juicio de *Cappelletti*, que compartimos, tras la *Novelle*, el sistema austríaco-kelseniano presenta ya un carácter híbrido.
*Por lo demás, una opinión doctrinal muy extendida en nuestros días, si es que no casi generalizada, subraya la existencia de una clara tendencia convergente entre los dos clásicos modelos. Es el caso, entre otros muchos, de Cappelletti, para quien el control jurisdiccional de las leyes, en su funcionamiento en el mundo contemporáneo, revela el hundimiento de las antiguas dicotomías, hallándose los dos modelos en vías de llegar a uno sólo, en proceso, en definitiva, de unificación.* (SEGADO. 2003. P. 8)

Por conseguinte, a redução da dicotomia entre os sistemas incidental e concentrado permite que uma Corte seja minimalista, ainda que esteja julgando ações abstratas de inconstitucionalidade. Ademais, como ressaltamos anteriormente, elaborar uma decisão minimalista significa visar a ampliação diálogo institucional, do debate democrático e da accountability das decisões tomadas. Isto pode ser feito de várias formas e não só no controle incidental. A título de exemplo, o Judiciário pode lançar mão com maior freqüência da técnica da lei ainda constitucional, deixando para o Legislativo a oportunidade de atuar e corrigir uma situação inconstitucional.

**Considerações finais**

O minimalismo judicial constitui alternativa interessante para a atuação do Judiciário nas democracias constitucionais contemporâneas, notadamente quando decisões acerca de questões fundamentais para a sociedade estão em jogo. Nesse sentido, a teoria apresentada por Sunstein busca promover os objetivos principais de um sistema democrático deliberativo de governo: ‘accountability’ e ‘reason-giving’.

Assim, uma Corte minimalista não tenta estabelecer regras amplas e teoricamente profundas, mas sim decisões estreitas e superficiais que abram espaço para a atuação de outros agentes, principalmente das instâncias deliberativas. Com isso, também buscam reduzir custos decorrentes de eventuais erros nas decisões.

No entanto, o minimalismo encontra problemas relevantes no que tange à proteção de garantias fundamentais. Isto porque uma Corte minimalista, ao deixar controvérsias sem decisão, ao argumento de garantir um diálogo institucional e maior deliberação, acaba prolongando violações a direitos fundamentais – como

aconteceu com os presos de Guantanamo. Da mesma forma, uma atuação minimalista do STF no caso da greve de servidores públicos, como ocorreu em suas primeiras decisões, nas quais não foi reconhecido o direito de greve, enfraquece, de forma determinante, os direitos fundamentais.

Não obstante essa limitação, que é acentuada no Brasil em razão da ausência de diálogo institucional, o minimalismo judicial constitui técnica de decisão interessante no que concerne à promoção da democracia brasileira. Nesse sentido, juízes que não pretendem resolver de forma ampla e definitiva os problemas trazidos ao seu conhecimento podem abrir espaços interessantes de deliberação e participação de outros órgãos.

E tal contribuição não se refere apenas a instâncias deliberativas – as quais são o foco de Sunstein -, mas também aos entes que têm uma capacidade técnica e institucional maior para a solução de determinados problemas. Assim, no caso do controle de políticas públicas, o Tribunal de Contas da União (TCU) pode ser um agente mais adequado do que o Judiciário, uma vez que possui um conhecimento técnico mais profundo do Orçamento, bem como um aparato institucional mais adequado.

Bem se vê, portanto, que apesar de não ser a melhor alternativa para todas as situações – como ocorre quando a atuação incisiva do juiz é necessária para assegurar os direitos fundamentais -, o minimalismo judicial representa uma técnica de decisão em que o juiz se coloca como mais um agente em uma sociedade plural e heterogênea. Consequentemente, a Justiça atua num contexto de diálogo institucional com outros atores na promoção de decisões melhores, enriquecendo o processo democrático e a legitimidade dos compromissos assumidos pela comunidade.

**Referências bibliográficas:**

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisdicional na “sociedade órfã”*. In: Novos Estudos nº 58 (novembro de 2000), p. 183-202.

MENDES, Gilmar Ferreira. *O apelo ao legislador - appellellentscheidung – na práxis da Corte Constitucional Federal Alemã*. In: Revista do Ministério Público do Trabalho, nº 3, (março 1992), p. 69-96; In: Revista de Direito Público nº 99, p. 32-53; In: Revista Arquivos do Ministério da Justiça nº 179 (1992), p. 81 s; In: Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, nº 114 (1992), p. 473 s.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5º edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

SEGADO, Francisco Fernández. *La Obsolescencia de la Bipolaridad Tradicional (Modelo Americano – Modelo Europeo-Kelseniano) de los Sistemas de Justicia Constitucional*. In: Direito Público nº 2 – Out-Nov-Dez/2003 – Doutrina Estrangeira (p. 56-82).

SUNSTEIN, Cass R. *One Case at a Time*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

# CAPÍTULO 7

# O RESGATE DA PARTICIPAÇÃO NA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA POR MEIO DO REFINAMENTO DA CONSCIÊNCIA POLÍTICA POPULAR: A PROPOSTA DO DELIBERATION DAY

**Gustavo Teixeira Gonet Branco**[61]

**DOI 10.11117/9788565604048.07**

**Resumo:** Este artigo pretende analisar a proposta da criação de dias de deliberação antecessores de dias de participação ativa do cidadão como forma de incrementar a experiência democrática.

**Palavras-chave:** democracia, teoria democrática deliberativa, experimentalismo institucional, sistema político.

**Abstract:** This article intend to perform an analysis of the propose of creation of Deliberation Days, that would occur before days of active participation of citizens, as a way of improvement to the democratic experience.

**Key-words:** Democracy, deliberative democratic theory, institutional experimentalism, democratic system.

## 1. Introdução

De maneira ampla e elementar, pode-se identificar que o projeto final da democracia é possibilitar, simultaneamente, o desenvolvimento material – que permite que vontades humanas sejam satisfeitas – e a emancipação individual – mecanismo que livra os indivíduos das estruturas sociais estanques de outrora, os reconhecendo como seres inexauríveis.

A atual conjuntura democrática das civilizações ocidentais encontra-se de forma muito semelhante, para não se dizer idêntica, à forma a que foi dada a essas

---

[61] Acadêmico de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Membro do Grupo de Estudos em Experimentalismo Institucional. E-mail: gustavo.gonet@gmail.com

democracias após a Segunda Guerra Mundial. As instituições nas quais os governos democráticos ocidentais se sustentam em nada se alteraram ao longo de quase um século.

Esta imutabilidade institucional que se percebe, em muito se deve ao fato da quase totalidade de teorias político-filosóficas que, alternativamente a buscar apresentar propostas de reformulação da realidade institucional posta, satisfaz-se em teorizar dentro dos limites desta.

Como conseqüência da mantença, sem grandes abalos ou mesmo turbulências, das instituições democráticas tais quais foram desenvolvidas no princípio do século XX, tem-se cada vez mais presente o distanciamento da sociedade civil do sistema político, ocasionando na perda da soberania popular, tão cara ao projeto democrático.

Dessa forma, repensar as instituições democráticas põe-se como necessário para que se possa novamente trilhar caminhos primordiais do projeto democrático, buscando-se, assim, garantir uma otimização da participação política dos cidadãos.

*O experimentalismo democrático de Roberto Mangabeira Unger*

A falta de transformações das instituições democráticas, bem como a incapacidade das teorias político-filosóficas de pensar além dessa realidade – por falha em identificar a possibilidade de que distintas linhas de instituições sejam propagadas por indivíduos livres e iguais – limita nossa capacidade de pensar futuros alternativos para a sociedade.

Tal escassez de teorias que busquem romper com a realidade institucional posta é conseqüência da forma como se concebe essas instituições. Tem-se, atualmente, difundida uma percepção de que as instituições democráticas possuem expressão necessária e natural, o que Roberto Mangabeira Unger denominou como sendo o *fetichismo institucional*. (UNGER, 2004, p. 17)

Assim, Mangabeira Unger deixa claro que um projeto democrático livre de dogmáticas tanto otimistas como pessimistas, consiste na busca por organizações práticas que permitam o desenvolvimento simultâneo de progresso material e da

emancipação individual, o que seria um processo de aprendizagem por meio de experimentalismos democráticos:

> A esperança de encontrar essa área de coincidência faz sentido porque tanto o progresso material quanto a liberação do individuo dependem da aceleração do aprendizado coletivo pelo experimentalismo prático. Ambos exigem que sujeitemos práticas sociais a um ajuste experimental, e que avancemos em direção àquelas práticas que nos encorajam a ajustá-las cada vez mais. (UNGER, 2004, p. 16-17)

De fato, não se percebe um esforço para apreender outras possibilidades institucionais em razão da falsa crença, ou confiança, de que as atuais instituições democráticas são fruto de um aprendizado de tentativa e erro e uma combinação das formas disponíveis que melhor obtiveram êxito na consecução simultânea de desenvolvimento econômico, liberdade política e seguridade social. (UNGER, 2004, p.8)

Contudo, a teoria da convergência, que difunde a noção de que as instituições políticas e econômicas atuais seriam as melhores possíveis em razão de ser fruto de uma atividade passada de tentativa e erro, bem como de ser o resultado ótimo do ajuste dos arranjos institucionais existentes, apenas serve de suporte para o maior óbice à realização de experimentalismos democráticos: o projeto do neoliberalismo. Nesse sentido, Mangabeira Unger:

> A tese intelectualmente regressiva da convergência para as melhores práticas disponíveis no mundo reforça a autoridade do projeto político que exerce maior influência no mundo hoje, especialmente no mundo em desenvolvimento: o projeto do neoliberalismo, às vezes também chamado consenso de Washington. É esse projeto característico, mais do que a idéia abstrata de convergência, que se distingue hoje como o empecilho mais ameaçador ao experimentalismo democrático. (UNGER, 2004, p.19)

A estrutura do projeto neoliberal, ao procurar manter o mercado livre de intervenções estatais, resulta no distanciamento do sistema político da sociedade civil. Tal fato, aliado ao seu esforço em manter as instituições tais quais são, como meio único para garantir a democracia representativa, a sociedade civil livre e a economia de mercado, acaba por manter ausente da sociedade civil questões

políticas, estando os cidadãos distantes de apresentar, ou mesmo debater, soluções para problemas que afligem a coletividade por completo.

Como forma de se remediar, ou se evitar, os problemas advindos da falta de reestruturação das instituições políticas e democráticas, deve-se enveredar pelos caminhos do experimentalismo democrático, conforme já apresentado. Contudo, para que experimentos no campo da economia de mercado, ou em qualquer outra área, tenham chance de lograr êxito, faz-se necessário, primeiramente, inovar as instituições democráticas e da sociedade civil.

De fato, as democracias industrializadas do ocidente guardam instituições que, em que pese buscarem pela conservação da própria ordem democrática, possuem papel de desmobilização política da população, resumindo o papel político do cidadão apenas ao ato quase mecânico de ir às urnas.

Por essas razões, faz-se necessário, antes de outras transformações, um repensar das instituições democráticas recebidas, como forma de possibilitar uma maior mobilização política popular, conforme torna evidente Mangabeira Unger:

> Além disso, a reconstrução dessas instituições políticas convencionalmente aceitas deve ser um foco de atenção por si próprio, estendendo o programa do experimentalismo democrático à reorganização do Estado e da disputa eleitoral pelo poder do Estado. Em vez de começarmos por reformas econômicas e sermos conduzidos por elas à necessidade de reformas políticas auxiliares, podemos da mesma forma, dentro da lógica descontínua do desenvolvimento não-linear, nos mover na direção oposta. A escolha da sequência depende da circunstância. (UNGER, 2004, p. 28)

Todavia, a referida inovação das instituições democráticas existentes está condicionada à organização da sociedade civil. Com efeito, não há o que se falar em reformas das estruturas democráticas no caso em que se tenha uma sociedade civil desorganizada, haja vista a sua inata incapacidade de se reinventar.

Dessarte, faz-se premente a organização da sociedade civil, para que debates e movimentos sociais reais possam ter como fim a apresentação de novas possibilidades institucionais democráticas.

Importante salientar que, na realidade, o que Mangabeira Unger pretende transmitir quando fala em organização da sociedade civil, vai além das organizações frutos das instituições de direito privado. Deveras, o que o autor em comento intenta

é uma forma de organização social que esteja desacoplada da estrutura governamental:

> Tal estrutura pode ser organizada com fundamento em vizinhança, trabalho ou preocupações e responsabilidades compartilhadas. Pode criar normas e redes de vida em grupo fora do Estado, paralelas ao Estado e inteiramente livres de influência ou tutela estatal. Grupos e movimentos diferentes podem competir por uma posição nesses múltiplos arranjos da sociedade civil da mesma forma que partidos políticos competem por um lugar no governo. (UNGER, 2004, p. 30)

Possuindo como objetivo repensar instituições democráticas e ‘irritar’ a sociedade civil para que esta crie mecanismos de organização que supere aqueles postos pelo direito civil, Bruce Ackerman e James Fishkin propõem uma inovação institucional que permite e fomenta o desenvolvimento da cidadania privada, como meio de resgate das idéias básicas da democracia, aumentando e refinando a qualidade do ato de votar.

## 2. A Proposta do *Deliberation Day*

Com a intenção de oferecer uma alternativa à realidade democrática atual – sem, no entanto, procurar romper completamente com as instituições postas –, Bruce Ackerman e James Fishkin, no livro intitulado *Deliberation Day*, propõem a criação de um feriado que antecederia as eleições, com o objetivo único de criar espaços de deliberação para a sociedade civil, permitindo que esta possa melhor se organizar.

A idéia trazida a lume pelo referido livro, como colocado pelos próprios autores, não tem a intenção de ser mera construção utópica, apesar do reconhecimento de que propostas semelhantes possuem grande resistência para serem aceitas, mas sim de considerável realismo. Dessa maneira, o aludido ensaio pode ser classificado como sendo utópico realista. (ACKERMAN; FISHKIN, 2004, p. 14-15)

A tese central do livro, a criação de dias dedicados ao debate da sociedade civil, tem como fundamento pesquisas empíricas realizadas em algumas democracias. Em específico, as experiências chamadas *Deliberative Polls*.

As *Deliberative Polls* são experimentos, realizados já em alguns Países como Austrália, Estados Unidos e Dinamarca, cujo objetivo consiste em permitir, por meio

da criação de espaços adequados, que cidadãos comuns da sociedade civil possam debater sobre algum tema específico. Não se trata, no caso, da busca por um consenso entre os participantes do debate. De fato, a única meta que se tem com a criação dos referidos espaços de deliberação traduz-se em possibilitar que cidadãos entrem em contato com opiniões diversas daquela que defende ou daquela que possui contato.

Esses experimentos sociais são realizados antes de algum acontecimento local que possa requerer a participação política dos cidadãos, como, por exemplo, na Austrália, em que uma experiência foi realizada antes de um referendo nacional sobre se o país deveria, ou não, se tornar uma república (ACKERMAN; FISHKIN, 2004, p. 45). São escolhidos, aleatoriamente, cidadãos de diferentes camadas da sociedade. Eles devem responder inicialmente a uma pesquisa elaborada por cientistas sociais. Após isso, são conduzidos a debates com os outros participantes, bem como com especialistas e tomadores de decisões relacionados à matéria em tela. Aos participantes das *Deliberative Polls* são oferecidos materiais de auxílio para preparar as discussões que serão enfrentadas ao longo do dia. Ao final da jornada de deliberações, a mesma pesquisa que inicialmente fora realizada com os participantes é refeita.

Os resultados obtidos nas *Deliberative Polls* são significantes. Na grande parte dos casos se observou transformações relevantes nas opiniões dos cidadãos submetidos às pesquisas (ACKERMAN; FISHKIN, 2004, p. 4).[62]

Essas conclusões que podem ser extraídas das *Deliberative Polls* revelam a capacidade que os cidadãos possuem de mudar de opinião quando submetidos à deliberações com defensores de diferentes concepções sobre determinado assunto.

Assim, partindo dessa premissa – sobre a capacidade que os cidadãos possuem de deliberar e de transformar suas opiniões pessoais –, Ackerman e Fishkin propõem a criação de um espaço no qual todos os cidadãos possam deliberar, como forma de melhorar a mobilização política desses cidadãos, bem como, conforme será demonstrado, incrementando o *accountability* dos governantes para com os eleitores.

---

[62] Importante citar que no caso dinamarquês, apesar da produtividade das rodadas deliberativas, não houve grandes mudanças de opinião, revelando a maturidade política desta sociedade.

*O Feriado*

A proposta experimentalista de Ackerman e Fishkin tem a finalidade de ser posta em prática em qualquer forma de democracia representativa. Por essa razão, não apresenta contornos estanques e prontos. Pelo contrário, pretende estar sempre aberta a modificações, sugestões e adaptações necessárias para a sua realização prática.

Em que pese o objetivo primordial de adequação a qualquer realidade democrática ocidental atual, a proposta básica tem como foco a democracia norte-americana. Os autores apresentam, de maneira detalhada, como poderia ser implementado o chamado *Deliberation Day* na realidade estadunidense.

Assim, cumpre explicar o que é o chamado *Deliberation Day*, fazendo uso dos contornos necessários para a conformação à realidade dos Estados Unidos, conforme colocado pelos autores.

O *Deliberation Day*, como já anteriormente dito, consiste em um feriado cuja finalidade única resume-se em criar um espaço em que todos os cidadãos possam deliberar sobre determinado assunto, com o objetivo de maximizar a experiência democrática da sociedade civil, incrementando o caráter reflexivo do ato de votar. Contudo, na realidade das democracias contemporâneas, onde habitam dezenas de milhões de cidadãos, como fazer isso?

A idéia do *Deliberation Day*, de forma breve, seria de criar pequenos grupos de deliberação, com uma média de 15 pessoas, nos quais os assuntos – definidos anteriormente por meio de consulta aos próprios cidadãos – seriam debatidos por um determinado espaço de tempo, e seriam extraídas, por meio de votação, dessa primeira rodada de deliberação, algumas questões consideradas as mais pertinentes ao tema em debate. Em seguida, esses pequenos grupos de deliberação se reuniriam em assembléias maiores, com uma média de 500 pessoas. Nessas assembléias estariam presentes pessoas importantes relacionadas à matéria em destaque, para que fossem submetidas às questões levantadas pelos grupos menores. Esse modelo ocorreria uma vez pela manhã e outra pela tarde. Como a idéia é de que todos os cidadãos tenham a oportunidade de participar dessas rodadas de deliberação, há a necessidade de que sejam realizados dois dias de

debates, uma vez que existem funções essenciais à vida em sociedade que não podem ser interrompidas. Assim, haveria a possibilidade de todos participarem dos *Deliberation Days*. Por fim, como incentivo à participação, aqueles que comparecerem às rodadas de deliberação e lá permanecerem por todo o dia receberão uma diária.

*Caso específico norte-americano*

Traçadas as linhas gerais de como se procederia um *Deliberation Day*, cumpre demonstrar agora a sua aplicação à realidade norte-americana, conforme proposto por Ackerman e Fishkin.

A forma como ocorre o processo eleitoral nos Estados Unidos impulsiona um arrefecimento da participação e engajamento político dos cidadãos. Cientistas políticos dedicam grandes estudos para identificar as opiniões públicas por meio de pequenos grupos que expressem tais opiniões, os chamados *focus groups*. Assim, as campanhas eleitorais se baseiam na criação de *slogans* e *sound bites*, desenvolvidos com fundamento nessas pesquisas, que provocam os efeitos desejados no eleitorado.

O *Deliberation Day* seria inicialmente aplicado às eleições presidenciais, que no caso do arranjo partidário norte-americano resume-se, de fato, a dois candidatos. Os autores propõem que, caso um terceiro partido apresente um apoio de mais de 15% por cento dos cidadãos, então permitir-se-ia a participação de representantes desse terceiro candidato nos *Deliberation Days*. Ainda, se os objetivos pretendidos pela experiência fossem atingidos, esta também poderia ser utilizada nas eleições para o Congresso, contudo com uma forma distinta, haja vista a pluralidade de candidatos.

Seriam criados os pequenos grupos já mencionados que, inicialmente, assistiram a um debate travado entre os candidatos à presidência. Em seguida procederiam à deliberação de 45 minutos para levantar questões sobre os temas considerados mais importantes pelos participantes. Após, seria realizada a reunião da assembléia maior com a presença de um representante do partido de cada candidato para responder aos questionamentos suscitados pelos grupos menores. Depois do almoço o mesmo processo se repetiria, finalizando o dia com mais uma

reunião dos grupos pequenos, com o objetivo de concluir os debates. Os autores propõem um incentivo financeiro à participação nos *Deliberation Day* no valor de 150 dólares para aqueles que completem o dia de deliberação.

A forma proposta de como o *Deliberation Day* seria realizado logo revela alguns empecilhos e obstáculos a serem debatidos e superados.

Com feito, a mobilização de dezenas de milhões de pessoas para se reunir e debater exige que haja espaço físico suficiente para tanto. Ainda, faz-se necessário que o espaço físico seja adequado, tanto para a reunião de pequenos grupos, como para o encontro da assembléia maior. No entanto, no caso estadunidense, as escolas, universidades e outros prédios públicos (tribunais de justiça, casas parlamentares...) oferecem espaço físico suficiente e adequado para a ocasião (ACKERMAN; FISHKIN, 2004, p. 135). Todavia, caso haja necessidade de mais espaço, pode-se ainda celebrar contratos com igrejas ou entidades similares que possuam prédios que permitam a concretização do *Deliberation Day*.

Contudo, o maior obstáculo a ser superado reside nos custos que a execução do *Deliberation Day* ocasiona. De fato, a realização deste evento envolve inúmeros gastos. Os mais expressivos são aqueles com as diárias pagas aos participantes, bem como as perdas econômicas que a criação de novos feriados provoca. Ainda, existem despesas com os almoços que serão oferecidos àqueles que comparecerem, com o planejamento dos dias de deliberação e com os organizadores envolvidos com os referidos dias. Assim, os custos com a implementação dos *Deliberation Days* seriam bilionários.

Para que o impacto dos custos não seja tão grave como inicialmente possa parecer, os autores propõem que os *Deliberation Days* não sejam realizados em novos feriados, e sim em feriados já existentes. A idéia é de que os feriados que celebram os aniversários de Abraham Lincoln e George Washington se transformem, apenas em ano de eleição presidencial, nos dias reservados à deliberação popular.

O fundamento desta proposta reside no fato de que esses feriados foram desviados de suas intenções originais, servindo hoje apenas para lazer e descanso. No entanto, mesmo conservadas as suas idéias iniciais, os feriados cívicos, quando

muito, são caracterizados por rituais de representação, como no ato de se prestar homenagens aos falecidos. Já a proposta dos *Deliberation Days* calcaria seus feriados em rituais de atuação da cidadania, condizente com a proposta democrática, conforme colocam os autores:

> *DDay is a holiday of a different kind. Citizens don't merely try to honor the ideal of responsible citizenship through rituals of representation—say, by awarding a prize to the Outstanding Citizen of the Year or by laying a wreath at her tomb. They celebrate the ideal by enacting it. They do public honor to the ideal by trying to exemplify responsible citizenship in citizen-assemblies throughout the land. In contrast to rituals of representation, DDay celebrates through rituals of enactment.* (ACKERMAN; FISHKIN, 2004, p. 185)

Não entrando no mérito da escolha dos feriados, é fato que, ao se evitar que novos feriados sejam criados, os custos sofrem uma redução considerável (ACKERMAN; FISHKIN, 2004, p. 21).

Parte do problema relacionado aos custos é resolvido ao se evitar a criação de novos feriados. Entretanto, a despesa com a realização dos *Deliberation Days* ainda é bilionária. Diante de tal fato, ao invés de se cortar mais gastos, propõe-se uma transformação na forma de se encarar essa nova maneira de participação democrática. Da mesma forma como usualmente não se questiona gastos elevados em serviços de prestação à sociedade, políticas públicas e atividades similares, não se deveria encarar com grande estranheza os gastos realizados pela máquina pública para fomentar o desenvolvimento da cidadania:

> *This big budgetary item will lead us to reflect on a curious asymmetry in modern public finance. National and local governments spend hundreds of billions of dollars a year on highways and health care and other goods and services. When the state is viewed as a machine for satisfying needs and wants, our budgetary imagination knows no bounds. But when it comes to citizenship development, we spend almost nothing. Is this disparity justified? Is the $150 stipend a mere luxury or an essential aspect of our initiative?* (ACKERMAN; FISHKIN, 2004, p. 120)

Apresentados e, de certa maneira, superados os problemas e obstáculos gerados pelos custos com a criação e realização dos *Deliberation Days*, resta

esclarecer os objetivos e resultados esperados com a implementação de rodadas de deliberação que antecedem as eleições.

Primeiramente, como resultado imediato se espera, fundamentado em experimentos já realizados, que os cidadãos envolvidos nas rodadas deliberativas possam sair com uma noção maior da complexidade dos problemas envolvidos. Como já dito, não é objetivo dos *Deliberation Days* que se chegue a um consenso nos debates realizados. Pelo contrário, o que se busca é apenas ampliar a visão dos participantes para que estes fundamentem as opiniões que resolverem tomar.

A expectativa de participar das rodadas de deliberação deverá incentivar os participantes a buscarem mais informações sobre aquilo que irão debater. Mesmo que tal não ocorra, os próprios debates enriqueceram a bagagem de conhecimentos e opiniões políticas dos participantes. Esse incremento de informações por parte dos eleitores tenderá a transformar a forma como as campanhas eleitorais são hoje realizadas. Deveras, junto com os *slogans* e *jingles*, 'infomerciais' deverão ser dirigidos ao público, uma vez que esse não se bastará com campanhas dirigidas por pesquisas de opinião.

Ainda, como já mencionado anteriormente, também deverá ocorrer uma alteração no *accountability* dos governantes. Isso porque, como antes das eleições serão realizadas as rodadas de deliberação com a presença de representantes dos candidatos, então aquele que buscar a reeleição terá a certeza de que seus feitos e não-feitos serão debatidos e diretamente cobrados dos seus representantes nos *Deliberation Days*.

Por fim, ainda se espera que as deliberações superem a delimitação temporal e física dos *Deliberation Days*, fazendo com que cada participante continue debatendo em outros ambientes, levando também àqueles que não estiveram presentes problemas de relevo.

Além de todos os benefícios apresentados, a realização dos eventos deliberativos também contribui para gerar capital social, uma vez que permite a integração da sociedade civil, bem como fomenta sua organização para obter uma maior influência no sistema político.

Conforme demonstrado, em que pese os *Deliberation Days* trazerem consigo custos, de certa forma, elevados, espera-se que os benefícios que a proposta possa trazer contribua para uma maior participação da sociedade civil na esfera política, bem como uma melhor realização da democracia representativa.

**3. Da possibilidade de aplicação dos dias de deliberação na realidade brasileira**

Tendo delineado os contornos da proposta experimentalista democrática do dia de deliberação, cumpre agora avaliar a sua possibilidade de implementação no Brasil, quais seriam as melhores situações para a sua prática e quais adaptações teriam de ser realizadas com para a efetivação do experimento na realidade nacional. Nesse sentido, os autores afirma que "*We have formulated our basic proposal with the peculiarities of the American system in mind. Reformers in other countries should do likewise, using our proposal as a provocation more than as a guide.*" (ACKERMAN; FISHKIN, 2004, p. 109)

O sistema político brasileiro, em que pese ser presidencialista, em razão de sua característica pluripartidária, das eleições proporcionais para as casas legislativas e do chamado presidencialismo de coalizão, em muito se assemelha aos sistemas parlamentaristas europeus. A aproximação dos sistemas de governo é apresentada por Fernando Limongi:

> O governo controla a produção legislativa e esse controle é resultado da interação entre poder de agenda e apoio da maioria. Maioria reunida por uma coalizão partidária pura e simples. Nada muito diverso do que se passa nos governos parlamentaristas. Ou seja, não há bases para tratar o sistema político brasileiro como singular. Muito menos, para dizer que estaríamos diante de uma democracia com sérios problemas, ameaçada por alguma síndrome ou patologia causada quer pela separação de poderes, quer pela fragilidade de seus partidos. (LIMONGI, 2006)

Assim, para considerações iniciais, podemos fazer uso das propostas oferecidas por Bruce Ackerman e James Fishkin para a adaptação do dia de deliberação para sistemas políticos parlamentares, com o objetivo de, em seguida, analisarmos a viabilidade da estrutura desenhada, bem como verificarmos a necessidade de eventuais adaptações ao nosso caso.

Para países onde se tem uma configuração política gravada pelo multipartidarismo, a proposta de criação de um dia de deliberação logo apresenta um problema a ser enfrentado. Se um dos objetivos das deliberações é fornecer ao cidadão informações mais consistentes e em maior fluxo do que aquelas que as instituições atuais permitem, como impedir a utilização dos *sound bites* nas assembléias dos cidadãos quando o é grande número de partidos concorrendo à eleição? Em outras palavras, como permitir que todos os concorrentes exponham e deliberem sobre suas idéias, quando há tempo de menos para candidatos de mais?

Diante de tal dilema, a solução indicada pelos autores parece ser, realmente, a que melhor evitaria a transformação do dia de deliberação em uma grande exposição de frases de efeito. De fato, o que Ackerman e Fishkin propõem é a correlação entre a presença dos partidos nas casas de representantes com o tempo oferecido aos mesmos nos dias de deliberação.

Da mesma forma como acontece com o horário destinado à propaganda política gratuita, proporcionalmente ao número de cadeiras ocupadas nas casas legislativas seria o tempo fornecido aos representantes dos candidatos nas assembléias deliberativas.

Assim, após os debates ocorrerem nos grupos menores e serem escolhidas as questões de maior relevância para aquele grupo, as reuniões das assembléias serão realizadas com a presença dos representantes dos candidatos para que esses possam responder às perguntas formuladas. O tempo para as respostas e intervenções será, como dito, proporcional à presença do partido representado no parlamento. O partido com maior tempo deve necessariamente responder à questão levantada, enquanto os outros podem se omitir, com o objetivo de que guardem seus tempos para pontos considerados de maior relevância. Essa característica possibilitaria que os próprios representantes dos partidos escolhessem quais questões seriam as mais valiosas, bem como ofereceria ao público um debate mais rico sobre assuntos mais polêmicos.

Todavia ainda persistem dois problemas com a fórmula encontrada para a implementação do dia de deliberação referente ao sistema parlamentar. Existem casos em que o governo consegue amplamente dominar as casas legislativas, seja por meio do seu partido, seja por coalizões. Nessas situações, caso funcionasse o

modo proporcional de concessão de tempo no dia de deliberação, este seria praticamente monopolizado pelo partido dominante, transformando-se em verdadeiro comício eleitoral. Outro problema patente diz respeito à existência de muitos partidos pequenos que pouco, ou nada, recebem apoio popular, o que, dada a proporcionalidade do tempo, levaria a falas de segundos, ocasionando na indesejada presença das frases de efeito.

Dessa maneira, algumas restrições devem incidir sobre a forma proporcional de utilização do tempo nos dias de deliberação. Primeiramente, quanto à situação onde se tem um governo com largo domínio dos assentos dos representantes, impõe-se seja fixado um tempo máximo determinado, para que não se permita o monopólio da deliberação. Os autores indicam o limite de 50% do tempo, o que possibilitaria que ao menos um partido de oposição respondesse às análises feitas pelo partido da coalizão (ACKERMAN; FISHKIN, 2004, p. 110).

Na mesma linha, para impedir que os dias de deliberação sejam invadidos por frases curtas desprovidas de cargas de informação relevante, deve haver uma cláusula de barreira que impeça partidos de pequeníssima representatividade de participarem dos dias de deliberação. Com efeito, os autores identificam que a imposição de um mínimo de representatividade entre 10 e 15 por cento para que se possa participar dos dias de deliberação seja a melhor solução, haja vista que proporções menores correspondem a parcelas de tempo negativas à plena realização deliberativa. Ainda, a necessidade de que se superem cláusulas de barreira leva à busca por coalizões com outros partidos menores que compartilhem idéias similares, possibilitando assim que essas idéias alcancem o dia de deliberação com um tempo de qualidade para sua exposição. Por fim, Ackerman e Fishkin consideram positiva a ausência dos partidos pequenos que não conseguirem formar coalizões, como uma maneira de se evitar tumultos:

> *We would advise a 10 or 15 percent threshold for representation on Deliberation Day, and invite smaller groups to form coalitions enabling them to transcend this threshold. If they are unable to find suitable conversation partners, it is better to keep them off the podium than to allow party representatives to intervene with sound bites calculated more to dramatize their presence than to contribute to the general discussion.* (ACKERMAN; FISHKIN, 2004, p. 111)

A proposta do dia de deliberação para realidades políticas pluripartidárias apresenta contornos mais palatáveis para o nosso sistema de governo. Contudo, como o objetivo dos dias de deliberação reside em possibilitar um incremento de participação e controle da sociedade para com o sistema político, faz-se necessário avaliar a viabilidade de aplicação dessa idéia no caso brasileiro.

A conformação eleitoral norte-americana permite tanto a realização do dia de deliberação para as eleições presidenciais como o dia de deliberação para as eleições para as casas legislativas, uma vez que estas não são realizadas no mesmo ano que aquelas. Outrossim, as eleições em sistemas parlamentaristas, via de regra, não disputam atenção com outra eleição com a mesma importância. Diferentemente, no caso brasileiro, as eleições nacionais legislativas e presidenciais são realizadas concomitantemente.

Por esta razão, em decorrência da ampliação do foco de atenção que o eleitor deve ter no momento eleitoral brasileiro, analisando tanto propostas das eleições para o congresso, quanto àquelas referentes à corrida pela presidência, a realização do dia de deliberação, ao passo que acresceria a participação do cidadão em uma determinada corrida eleitoral, poderia o alienar ainda mais do outro lado das eleições.

Assim, duas possibilidades se colocam como meios para a superação do obstáculo à realização de dias de deliberação na realidade política brasileira. Por um lado, poderia haver um desmembramento das eleições nacionais, caminhando em direção ao formato do sistema americano, com eleições presidenciais separadas das eleições para o congresso. Entretanto, essa solução poderia sufocar a possibilidade de realização de dias de deliberação para as eleições municipais e estaduais, tendo em vista que essas já são desacopladas das eleições nacionais.

Outra forma de superação do aludido obstáculo é a realização de mais dias de deliberação, com dias dedicados à corrida presidencial, e outros dedicados às eleições congressionais. Os dias possuiriam a mesma estrutura, contudo um servindo às propostas dos candidatos à presidência e o outro com os candidatos ao congresso.

Todavia, existem outras possibilidades nas quais pode ser aplicado o dia de deliberação. De fato, como qualquer experiência social consiste em uma atividade de tentativa e erro, é melhor que este aconteça em proporções menores do que se fosse realizado diretamente em uma eleição para o mais alto posto da nação.

Conforme colocado por Bruce Ackerman e James Fishkin, os dias de deliberação podem e devem ser utilizados em situações diversas das eleições nacionais. Deveras, uma circunstância interessante onde pode ser realizado um dia de deliberação consiste nos referendos. Em tais casos, no lugar dos representantes dos candidatos, seriam selecionados representantes de grupos militantes das posições conflitantes do referendo.

Existe uma situação onde poderia ser de grande proveito o uso dos dias de deliberação. Por suas características de inovação e de liberdade de pensamento, bem como por já ter uma estrutura física preparada, as universidades seriam excelentes locais para a realização do experimento dos dias de deliberação. Com efeito, a realização de dias de deliberação na comunidade acadêmica para a tomada de alguma decisão que envolva essa comunidade pode servir como excelente meio para verificação concreta dos efeitos gerados pela deliberação. Eleições para centros acadêmicos, diretórios centrais, bem como a mera tomada de posição do corpo estudantil diante de uma determinada questão poderiam ser ótimos laboratórios para os dias de deliberação, bem como trazer bons frutos para a comunidade acadêmica, oferecendo mais legitimidade às decisões tomadas por alguns estudantes que fazem as vezes de representantes de todo o corpo estudantil.

### 4. As Críticas à Proposta do *Deliberation Day*

Tendo em vista a magnitude da proposta inovadora de Bruce Ackerman e James Fishkin, é evidente que esta logo despertou os olhares críticos de estudiosos políticos, principalmente daqueles envolvidos na realidade política norte-americana, foco da ideia do *Deliberation Day*.

Assim, faz-se importante destacar críticas, que se mostraram pertinentes, cujo cerne incide sobre teorias democráticas deliberativas, em especial a proposta do *Deliberation Day*. Entre os autores que mais apresentam objeções à deliberação na democracia está Cass Sunstein, cuja extensa obra inclui diversos estudos sobre a

influência negativa das deliberações, não só no meio político, como também em decisões de tribunais de justiça.

*Cass Sunstein e a Tendência de Polarização dos Grupos*

Como mencionado, Cass Sunstein dedicou parte de sua obra aos efeitos provocados pela deliberação na tomada de opiniões.[63] Para o autor, quando grupos se reúnem com a finalidade de deliberar sobre algum tema específico e a composição do grupo permite observar uma inclinação inicial para determinada posição, então a tendência é que os integrantes do grupo de deliberação caminhem em direções de extremar suas opiniões no sentido da referida inclinação inicial.

Em um estudo realizado após a publicação das idéias de Ackerman e Fishkin, Cass Sunstein, junto com David Schkade e Reid Hastie, apontam a aparente inviabilidade do projeto de revitalização da democracia por meio de rodadas deliberativas protagonizadas pelos cidadãos.

Sunstein, Schkade e Hastie baseiam-se em um experimento deliberativo realizado no estado do Colorado, que se resumiu em organizar pequenos grupos de deliberação sobre alguns assuntos polêmicos (ações afirmativas, união homoafetiva...), cujo objetivo era se chegar a um consenso. Importante destacar que os grupos de deliberação foram organizados em duas cidades, uma marcadamente conservadora e outra reconhecidamente liberal. O resultado que é percebido desse experimento social diverge diretamente das expectativas esperadas por Ackerman e Fishkin com relação aos *Deliberation Days*.

Com efeito, o que os autores concluem sobre a referida experiência é a tendência que os cidadãos possuem, quando submetidos a deliberações, a tomarem posições mais extremas na linha de seus pensamentos, ampliando as ideologias e os espaços entre ideias opostas:

> *Hence, group polarization refers to the tendency of deliberating groups to shift to a more extreme position in line with the pre-deliberation tendencies of their members. Ideological amplification, as we use the term here, is best understood as a special case of group polarization.* (SUNSTEIN; SCHKADE; HASTIE, 2007, p. 927)

---

[63] Nesse sentido, ver: *Are Judges Political?* e *Deliberative Problem*

Dessa forma, os debates realizados dentro do contexto político americano tendem a caminhar para extremos republicanos ou democráticos. Os autores sustentam no mencionado estudo que os grupos deliberativos, não obstante adotarem posições mais extremistas, internamente costumam apresentar um forte consenso, o que também depõe contra a proposta do *Deliberation Day*, uma vez que esse pretende um espaço deliberativo rico de opiniões contrastantes.

Sunstein, Schkade e Hastie delineiam quatro pontos que fundamentariam a tendência de polarização dos grupos submetidos a deliberações: (1) influência por informação, (2) os efeitos da corroboração e o auto-descobrimento, (3) a comparação social e (4) e a chamada identidade compartilhada com a auto-categorização.

De fato, os autores afirmam no estudo em comento que, comprovado estatisticamente, os argumentos utilizados pelos cidadãos nos grupos de deliberação possuem a tendência de se direcionarem e se orientarem pela linha ideológica mais pronunciada do grupo, caso haja uma. Assim, ocorre a influência direcionada por informações. Nesse sentido expõem os autores: "*In any group with some initial inclination, the views of most people in the group, and the information that they have and that they provide, will inevitably tend in the direction of that inclination."* (SUNSTEIN; SCHKADE; HASTIE, 2007, p. 930).

Outro elemento apontado pelos autores como sendo justificador da característica polarização dos grupos é decorrente da propensão que cada indivíduo possui em confiar em outros após algumas vezes terem concordado entre si. Assim, como grupos de interesses similares naturalmente concordam em muitos pontos, então se gera uma relação de confiança. Segundo os autores, essa relação é responsável pela inclinação extremista dos grupos após as deliberações. Como essa mudança de opinião muitas vezes é realizada na convicção particular dos participantes, chama-se esse momento de auto-descobrimento.

Ainda, a necessidade de alguns indivíduos em assumir opiniões que não compartilham, após um exercício de comparação com o grupo ao qual pertence revelar que este possui uma inclinação ideológica diversa, também é elemento gerador de polarização de grupos.

Por fim, o conceito apresentado de identidade compartilhada significa que, quando um grupo possui grande afinidade de opiniões, a identidade somada dos participantes tem o condão de dirigir as mesmas opiniões para caminhos mais extremos que se analisadas anteriormente em separado.

Dessa forma, seriam esses os quatro elementos responsáveis pela ampliação ideológica e pela mencionada polarização dos grupos. Contudo, podem existir meios que possuam o poder de inibir a característica extremista de direcionamento dos grupos de deliberação:

> *We have traced several social-cognitive processes that contribute to ideological amplification within like-minded groups: (1) informational influences, (2) corroboration effects, (3) social comparison, and (4) shared identity and self-categorization. An understanding of these processes suggests that political deliberation is extremely likely to lead to ideological amplification. It also suggests circumstances that may dampen or prevent ideological amplification. Imaginable interventions might produce different kinds of shifts and could either intensify or dampen amplification.* (SUNSTEIN; SCHKADE; HASTIE, 2007, p. 932-933)

Uma importante ressalva deve ser feito antes de se concluir a exposição da crítica realizada pelos autores em destaque. O experimento utilizado como base para fundamentação dos erros de Ackerman e Fishkin não se submete às salvaguardas apresentadas como necessárias para a implementação do *Deliberation Day*. Ainda, neste apenas se busca o debate como forma de refinamento político do cidadão, enquanto no experimento base de Sunstein, Schkade e Hastie objetivou-se a chegada a um consenso.

Tendo tal fato em mente, os autores apresentam dois meios que consideram como sendo possivelmente viáveis à diminuição dos efeitos extremistas percebidos em grupos de deliberação com uma inclinação para algum ponto. O primeiro seria justamente a desnecessidade de busca por um consenso, enquanto o outro meio seria a presença de um moderador que permitisse a exposição de argumentos menos tendenciosos a apenas um lado da discussão.

Em que pese tais considerações, ainda assim os autores não visualizam possibilidade de que grupos que possuam determinada tendência inicial para alguma opinião possam efetivamente deliberar sem caminhar para posições extremas.

*Os Três Erros de Chad Flanders e a Crítica de Richard Posner*

Em um artigo intitulado *Deliberative Dilemmas: A Critique of Deliberation from the Perspective of Election Law*, Chad Flanders procurar criticar especificamente a proposta do *Deliberation Day* diante das instituições do direito eleitoral norte-americano. Para tanto, o autor divide a apontada falha na teoria democrática deliberativa em questão em três partes.

Primeiramente, Chad Flanders considera a proposta do *Deliberation Day*, no caso específico do presidencialismo estadunidense, como sendo marcadamente excludente, uma vez que pretende resumir o sistema político-eleitoral dos Estados Unidos restritivamente ao bipartidarismo. Isso porque as linhas gerais das idéias apresentadas por Ackerman e Fishkin, ao permitir o debate com representantes dos dois grandes partidos, impondo uma cláusula de barreira para qualquer outro candidato, praticamente sufoca qualquer terceiro partido que pretenda aparecer.

O segundo erro apontado por Chad Flanders surgiria no caso da implementação do Congress Day, onde, dada as peculiares características político-eleitorais estadunidenses, proporcionaria rodadas de deliberações marcadas por uma inclinação definida nos distritos marcados pelo *gerrymandering*:

> *Unfortunately, the structure of American law gives us good reason, in the context of congressional races at least, to think that the conditions for robust deliberation will not be present. Indeed, deliberation might even be counterproductive: resulting in people to shift to even more extreme positions, based on the limited information and the group pressures they confront on Deliberation Day. It suggests, indeed, that Ackerman and Fishkin's optimism about the effects of deliberation is misguided.* (FLANDERS, 2007, p. 162)

Finalmente, o aludido autor levanta o questionamento sobre se deve-se patrocinar um incremento na deliberação dos cidadãos, como forma de elevar as suas reflexões políticas no exercer da democracia, em detrimento da qualidade deliberativa nas casas dos representantes, ou, ao contrário, sacrificar a amplitude deliberativa proporcionada aos cidadãos em prol de uma maior qualidade no debate realizado pelos representantes. Chad Flanders defende que, atualmente, deve-se optar pelo debate refinado pelos representantes, pois, para este autor, as mudanças na democracia devem partir de cima para baixo, das instituições para a sociedade.

Ainda, cumpre brevemente mostrar uma terceira forma de crítica, proveniente de Richard Posner em um breve artigo comentando a proposta de Ackerman e Fishkin. Para Posner, na há o que se falar, hoje em dia, em democracia deliberativa. Quando surgem questões que realmente sejam de interesse dos cidadãos, esses irão naturalmente buscar as soluções necessárias para os problemas. Posner concorda com o 'mercado' político e não considera errado ver os representados como consumidores e os representantes como fornecedores. Nessa estrutura, o poder dos consumidores seria exercido por meio da votação.

Esse autor também não concorda com a necessidade de que cidadãos deliberem, não considerando um erro ou desvio algum cidadão preferir determinado interesse social a uma deliberação política. Confira:

> *Unlike Hannah Arendt, and perhaps Ackerman and Fishkin as well, I do not believe that private concerns are petty and that people are fully human only when they are deliberating about the "common good." I do not even think such deliberations are productive of much except sound and fury. Widespread deliberation by citizens at large on issues of politics would mainly just reduce the civility of our politics by raising the temperature of public debate, making our politics more ideological and therefore more divisive.* (POSNER, 2004)

Em que pese a pluralidade de críticas existentes à proposta do dia de deliberação, nenhuma se mostra efetivamente capaz de desconstruí-la, uma vez que trabalham no plano dos resultados esperados, e não com as linha mestras norteadoras da teoria.

Mesmo no caso de Sunstein, Schkade e Hastie, a experiência por eles trabalhada não foi desenvolvida nas mesmas condições propostas pela teoria do dia de deliberação, não havendo possibilidade de uma confrontação real dos resultados da referida experiência com aqueles pretendidos por Ackerman e Fishkin.

**Conclusão**

Como qualquer teoria que se propõe romper com a realidade posta, oferecendo novas soluções para a transformação das instituições democráticas na forma como hoje se apresentam, a criação do dia de deliberação, naturalmente, é, e será, alvo de críticas por parte daqueles que não conseguem visualizar a transformação da mesma maneira.

Entretanto, é intrínseco à sua característica experimentalista a necessidade de que se observe a operabilidade da idéia por meio de tentativas e erros na prática, não sendo produtivo o debate unicamente teórico acerca da possibilidade da realização dos experimentos propostos. É evidente que se faz necessário um mínimo de procedimentabilidade na teoria desenvolvida, para que esta possa ser experimentada.

A idéia da criação de dias de deliberação, em que pese a difícil superação dos elevados custos envolvidos, é de fácil apreensão, restando dúvidas acerca dos efeitos e benefícios que ela poderia de fato gerar para a sociedade como um todo. Com efeito, não se pode afirmar quais seriam realmente as conseqüências ocasionadas pelo dia de deliberação, mas o exercício de “futurologia” levado a cabo pelos autores leva à conclusão de que haveria implicações positivas para a democracia e a participação política dos cidadãos.

Contudo, é exatamente em razão da divergência quanto aos resultados que se deve proceder a experimentos práticos para poder chegar a uma conclusão mais satisfatória. Como visto, os exemplos mais próximos de um dia de deliberação são os *Deliberation Polls*, que oferecem resultados similares nos pontos que possui em comum com a proposta do dia de deliberação.

Assim, a teoria, para se desenvolver, necessita de que seu aprendizado seja realizado praticamente, para que novos contornos sejam traçados nos pontos onde se identifique falha ou incoerência. Por isso mesmo os autores afirmam a ausência de qualquer característica estanque da teoria:

> *There is nothing sacrosanct about our set-up, but it will fix ideas to enable a more textured assessment. Consideration of operational realities will also give substance to our exploration of the larger political, institutional, and human issues in later chapters.*

Portanto, ao se oferecer campos ou situações onde se pudessem realizar os dias de deliberação, em muito se estaria contribuindo para o desenvolvimento da teoria democrática deliberativa, e, conseqüentemente, para o desenvolvimento da participação política dos cidadãos.

Da mesma forma, toda contribuição teórica que busque pensar fora da realidade em que se encontra inserida é de grande valia. Este é o papel que a teoria do dia de deliberação, proposta pelos autores Bruce Ackerman e James Fishkin

pretende desempenhar, faltando apenas um meio que a torne prática, para que maiores críticas e adaptações sejam oferecidas e propostas.

**Referências bibliográficas:**

ACKERMAN, Bruce; FISHKIN, James. *Deliberation Day*. New Haven/London: Yale University Press, 2004.

FLANDERS, Chad. *Deliberative Dilemmas: A Critique of Deliberation from the Perspective of Election Law*. Journal of Law and Politics Vol. XXIII, 2007.

LIMONGI, Fernando. A Democracia no Brasil. Presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório, 2006, disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002006000300002#top7

POSNER, Richard. *Smooth Sailing*, 2004, disponível em: http://www.legalaffairs.org/issues/January-February-2004/feature_posner_janfeb04.msp

SUNSTEIN, Cass; SCHKADE, David; HASTIE, Reid. *What Happened on Deliberation Day*. California Law Review, Vol. 95, 2007.

UNGER, Roberto Mangabeira. *O Direito e o Futuro da Democracia* São Paulo: Boitempo, 2004.

# CAPÍTULO 8

# ATENUAÇÃO DO CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE E APRIMORAMENTO INSTITUCIONAL – POSSIBILIDADES DE APERFEIÇOAMENTO DO CONTEXTO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

**Pedro Barros Nunes Studart Corrêa**[64]

**DOI 10.11117/9788565604048.08**

**Resumo:** Este artigo tem como objetivo a busca pelo modelo de controle judicial de constitucionalidade mais adequado ao contexto brasileiro contemporâneo. Alguns dos principais problemas institucionais e jurídicos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário serão analisados a fim de que seja perquirido se, dentre as alternativas apontadas, há alguma apta a oferecer um aperfeiçoamento das práticas e das estruturas institucionais do cenário brasileiro atual, sobretudo em virtude do que dispõem os princípios consubstanciados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

**Palavras-chave:** Modos de controle judicial de constitucionalidade; problemas legislativos; problemas judiciais, jurisdicionais e jurídicos; aperfeiçoamento e diálogo institucionais.

**Abstract:** This article aims to search for the most adequate form of judicial review in relation to Brazil's contemporary context. Some of the major institutional and legal problems of Brazil's Legislative and Judiciary Powers will be analyzed so that, according to the pointed out alternatives, it will be possible to pursue one capable of offering improvements to the institutional practices and structures of the current Brazilian scenario, especially in the view of what the principles embodied in the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 determine.

---

[64] Graduando em Direito pela Universidade de Brasília – UnB.

**Keywords:** Forms of judicial review; legislative problems; judiciary, jurisdictional and legal problems; institutional dialogue and institutional improvements.

## 1. Introdução – constituição, controle judicial de constitucionalidade de normas e modos de controle judicial de constitucionalidade

A despeito de ser difícil, quiçá impossível, conceituar em termos definitivos o que a idéia de constituição significa, ou o que essa idéia deva significar, a experiência política, jurídica e social dos últimos quatro ou cinco séculos aponta diretrizes que servem de norte para alguns aspectos essenciais na busca por essa definição.

A partir da independência estadunidense e, posteriormente, das revoluções européias dos séculos XVIII e XIX e, sobretudo, dos períodos que seguiram essas experiências revolucionárias, o constitucionalismo parece ter formulado os pilares fundamentais para a existência de uma ordem política que não esteja fadada a um totalitarismo ou à mera instrumentalização da consecução de finalidades particulares.[65]

Em suma, é possível mencionar os seguintes aspectos que parecem intrínsecos a qualquer ordem constitucional contemporânea.

Em oposição à noção de uma soberania ilimitada e absoluta, seja aquela monárquica defendida por Thomas Hobbes, seja a do povo, preconizada por Jean-Jacques Rousseau, o constitucionalismo tem alertado às teorizações da filosofia política que é preciso impor limites e freios à atividade política e ao aparelho estatal.

Para tal, a separação dos poderes – divisão essa quase sempre formada pelo legislativo, executivo e judiciário – seria a idéia precípua a assegurar que a soberania de um ator político não colocasse toda a ordem pública em xeque.

---

[65] Para uma exposição rica e detalhada da história do constitucionalismo, ver: FIORAVANTI, Maurizio. **Constituición. De La Antigüedad a nuestros dias.** Tradução, para o espanhol, de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editora Trotta, 2007. Capítulo 3.

Além disso, para que certas mobilizações políticas não impusessem, por meio do legislativo ou do executivo, medidas ou condições possivelmente injustas a grupos minoritários, o constitucionalismo vislumbrou ser necessária a formulação de direitos e garantias fundamentais a serem titularizados pelos indivíduos amparados pela ordem estatal.

É certo que outras características possivelmente sejam inerentes à quase totalidade das ordens constitucionais contemporâneas, como a definição dos procedimentos democráticos na busca pela solução de controvérsias, a positivação da relação entre estados e a federação, a existência de direitos de índole social, entre algumas outras.

O que deve ser aqui constatado, porém, é que a consolidação, pelo constitucionalismo, dessas idéias, auxiliou a formular, ou melhor, talvez tenha tido como necessidade, a elaboração de outra prática institucional – o controle de constitucionalidade das leis.

Assim, as leis promulgadas que fossem contrárias àquilo previsto na constituição deveriam, de algum modo, ser invalidadas. Caso contrário, toda a garantia de um aparelho estatal politicamente limitado e da possibilidade do exercício de direitos fundamentais poderia ser aniquilada pela mera promulgação de uma lei.

Nessa tarefa, quem deveria, diante dos ditames da constituição, ser o responsável por realizar o controle das leis, e talvez de outros atos emanados pelos poderes políticos?

Em síntese, a experiência e as teorizações políticas dos séculos XIX e XX parecem ter revelado que seria pouco razoável confiar justamente ao poder que elabora as leis a capacidade de invalidá-las.

Somado a isso, delegar ao poder responsável pela aplicação das leis – ou seja, o executivo – a faculdade de invalidá-las em virtude de uma possível afronta à constituição parecia ser igualmente desarrazoado.[66]

---

[66] Aqui talvez seja oportuno fazer uma ressalva a essa idéia. Embora os argumentos de Hans Kelsen, aparentemente, tenham prevalecido sobre os de Carl Schmitt quanto ao poder responsável por zelar

Assim, o poder legítimo para o controle de constitucionalidade das leis não poderia ser outro senão o judiciário.[67]

A especialização jurídica e decisória de juízes, bem como sua capacidade argumentativa e sua a neutralidade política – ou ao menos a inexistência de possibilidade de alinhamento político com base no exercício dessas funções – revelariam não apenas a plena aptidão, como, sobretudo, a legitimidade do poder judiciário no zelo pelas questões constitucionais.

Ocorre que, com a adoção da prática do controle judicial de constitucionalidade das leis na maioria das nações contemporâneas, surgiram controvérsias não plenamente vislumbradas pelos teóricos que serviram de base para esse modelo.

A politização do poder judiciário ou, ao menos, a resolução de temas eminentemente políticos pelas vias judiciais talvez constitua, nos tempos hodiernos, a maior crítica e a constatação mais séria dos aspectos possivelmente negativos do controle judicial da constitucionalidade das leis.

Não bastasse isso, a mitigação do debate público por meio da reserva de questões polêmicas à atividade judicial tem pautado sérias críticas ao atual funcionamento de várias instituições judiciárias. Essas críticas, assim, acusam a prática do controle judicial de constitucionalidade ser, muitas vezes, antidemocrática.[68]

Talvez a dissonância entre as idealizações teóricas dos filósofos políticos e jurídicos dos séculos de outrora e a realidade contemporânea possa servir de inspiração e norte para o aprimoramento das instituições e das práticas dos dias atuais.

---

pela constituição, o debate entre ambos, de algum modo ou de outro, ainda parece persistir em várias questões políticas e jurídicas da contemporaneidade.

[67] Questão que permanece aberta em relação a isso é a necessidade ou não de esse controle ser exercido por um tribunal constitucional especializado e autônomo.

[68] Para uma crítica contundente, nesse sentido, à atuação recente do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, ver: MAUS, Ingeborg. **Judiciário como Superego da Sociedade. O Papel da Atividade Jurisprudencial na “Sociedade Órfã”.** In: *Estudos em Avaliação Educacional*. Fundação Carlos Chagas. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. nº 20. julho/dezembro de 1999. p. 183-202.

Inclusive, o próprio controle judicial de constitucionalidade das leis tem se desdobrado em modos dos mais distintos entre si.[69]

Em relação ao que importa para esta dissertação, é oportuno descrever algumas das possíveis formas por meio dos quais esse controle pode ser realizado.

O modo clássico do controle judicial de constitucionalidade é o modelo firme.[70] Nesse modelo – que, vale frisar, é aquele atualmente adotado pelas instituições brasileiras – uma norma, ao ser declarada inconstitucional pelo tribunal ou pela corte constitucional, é imediatamente invalidada e retirada do ordenamento jurídico. Dessa forma, a atividade legislativa se acha vinculada à interpretação que o poder judiciário – em cuja estrutura o tribunal constitucional ou a corte suprema assume o topo da hierarquia[71] – confere ao texto constitucional.

A maioria significativa das instituições políticas atualmente utiliza esse modelo de controle judicial de constitucionalidade.[72]

De maneira distinta, é possível realizar o controle judicial de constitucionalidade de forma mais tênue. Em países como Inglaterra, Canadá e Nova Zelândia – cada um com suas particularidades – as cortes constitucionais têm competência apenas para emitir sua opinião quanto à lei arguida como inconstitucional.

Nesse modelo de caráter quase consultivo, a responsabilidade final para invalidar a norma possivelmente em confronto com a constituição cabe ao legislativo. Ou seja, a partir da declaração de inconstitucionalidade, os

---

[69] Quanto a isso, ver o artigo que servirá de base para considerável parte das exposições da presente dissertação: TUSHNET, Mark. **Alternative Forms of Judicial Review**. In: *Michigan Law Review*. Volume nº 101, agosto de 2003. p. 2781-2802.

[70] Aqui, optou-se por traduzir *strong* para firme e *weak* para tênue, ao invés de forte e fraco, respectivamente, por conta da consonância semântica da primeira escolha com as idéias de Mark Tushnet. A noção de um controle judicial forte ou fraco parece denotar a idéia de instituições judiciárias igualmente fortes ou fracas, o que parece estar em oposição a essas idéias. Os controles judiciais firme ou tênue constituem apenas modos de controle, e não propriamente uma “timidez” ou “força” institucional por parte do judiciário. A respeito disso, vale ver o que afirma o próprio Tushnet. (TUSHNET, 2003, p. 2786).

[71] Talvez seja importante mencionar o fato de haver raras hipóteses de sistemas jurisdicionais que fogem a essa configuração, onde o tribunal ou a corte constitucional não assume propriamente o topo da hierarquia judicial.

[72] Oportuno assinalar que, a adoção por esse modelo, em si, não esgota a pluralidade das possíveis práticas institucionais do judiciário. É possível, por exemplo, optar, em um controle judicial firme de constitucionalidade, entre um controle difuso ou concentrado ou, ainda, por um modelo misto, ao mesmo tempo difuso e concentrado.

parlamentares devem optar ou não por seguir o entendimento da corte constitucional.

Embora essa discricionariedade possa ser perigosa, principalmente por conta de um possível abuso político por parte do legislativo, há razões para a defesa desse modelo, que serão delineadas em momento oportuno desta dissertação.

Mark Tushnet, além de descrever detalhadamente os aspectos de ambos esses modelos, propõe ainda outra alternativa para o controle judicial da constitucionalidade de normas.

A partir dessa distinção, Tushnet sugere um modelo misto. Isto é, firme e tênue ao mesmo tempo (TUSHNET, 2003, p. 2796). Ou melhor, firme para alguns dispositivos constitucionais e tênue para os demais.

A fim de implementar essa diferença procedimental, seria necessário algum critério para distinguir normas de um mesmo texto constitucional em grupos distintos.

Tushnet sugere que algumas normas distintivamente merecedoras de atenção judicial clamariam por um controle judicial de constitucionalidade firme, ao passo que as normas merecedoras da atuação judicial, porém não de modo diferenciado, poderiam estar sujeitas a um controle tênue.

Em sentido contrário, indica, também, que, por conta de uma maior possibilidade de discussão parlamentar e, talvez, de uma abertura mais ampla ao debate público proporcionada por essa discussão, os dispositivos distintivamente merecedores de atenção – nesse caso, não apenas de atenção judicial – poderiam se enquadrar no controle judicial tênue, e os dispositivos não merecedores dessa atenção diferenciada poderiam estar sujeitos à confiança da atividade decisória e juridicamente especializada do judiciário.

No que diz respeito àquilo que será debatido na presente dissertação, cumpre antecipar algumas críticas pertinentes a essa espécie de modelo misto.

A hierarquização de normas constitucionais mediante uma prática e critérios não previstos no próprio texto da constituição é algo extremamente problemático. Seria possivelmente capaz de desvirtuar, de uma vez só, toda a essência

deontológica do direito e a lógica hierárquica das normas constitucionais e infraconstitucionais.

Além disso, essa distinção pode acarretar uma prática institucional desorganizada e caótica, em que o controle de constitucionalidade, por vezes, se sujeita à essência política, intermitente e negocial do legislativo e, por outras, à atividade argumentativa, decisória e, em tese, neutra, do judiciário.

Em síntese, o cerne desse modelo misto de controle judicial de constitucionalidade de normas é algo, em si, tão confuso, que Tushnet é o primeiro a duvidar sobre a possibilidade da mera existência prática de sua própria sugestão.

Não bastasse as contribuições quanto a essas três – ou quatro, se as possibilidades que esse modelo misto confere forem compreendidas como algo a moldar dois modelos distintos – formas de controle judicial de constitucionalidade, Tushnet ainda descreve práticas e diálogos institucionais estadunidenses que podem servir de exemplo para alguns aspectos problemáticos do atual contexto político e institucional brasileiro.

No caso do debate estadunidense sobre o aborto, em *Roe vs. Wade*, não apenas representantes do partido democrata discordavam daqueles do partido republicano, como, também, parlamentares de um ou outro partido discordavam entre si. Assim, curiosamente, alguns representantes do partido democrata concordavam com certos parlamentares do partido republicano, ao passo que congressistas de um mesmo partido discordavam entre si.

A delicadeza e a complexidade da questão levaram o Congresso a atribuir, de modo engenhoso, a responsabilidade pelo delineamento da questão à Suprema Corte estadunidense. (TUSHNET, 2003, p. 2788-2789)

Ao invés de tentar solucionar o tema por meio da negociação e discussão política e, em última instância, pela imposição de atos legislativos, o Congresso estadunidense, por achar essa opção arriscada, delegou a seu Judiciário a resolução de um impasse político controverso.

Tushnet alude também, na direção contrária, a situações em que o Judiciário, na busca por uma consecução institucional aparentemente mais adequada, se absteve de realizar o que parecia ser sua função institucional.

Em *Hampton vs. Mow Sow Wong*, por exemplo, – lide que dizia respeito à edição de um regulamento que impunha restrições à possibilidade de residentes estrangeiros serem amparados por certos serviços públicos – a Suprema Corte estadunidense se omitiu em relação à substância material do caso. Declarou a inconstitucionalidade do referido regulamento apenas por conta do aspecto procedimental pertinente à questão. O órgão que houvera editado esse regulamento não teria sido aquele legitimado a fazê-lo. A inconstitucionalidade, assim, foi declarada somente de modo provisório, até que o correto órgão resolvesse aprovar o regulamento, inclusive possivelmente nos exatos moldes daquele declarado inconstitucional.

Em suma, a Suprema Corte autorizou o Poder Legislativo estadunidense a realizar determinada medida, desde que realizada de determinada maneira.

Apesar de essas delegações de responsabilidades não configurarem propriamente modos de controle judicial de constitucionalidade de normas, são alternativas que demonstram a possibilidade de diálogos institucionais interessantes rumo à efetivação de práticas políticas e jurisdicionais mais adequadas.

Tushnet pondera acerca da real possibilidade de essas práticas constituírem um aprimoramento institucional. Essas atribuições de competências, a despeito de aparentemente terem conferido resultados adequados, poderiam ser, na verdade, métodos quase ilusórios, que não propriamente fomentariam novos procedimentos e resultados, mas constituiriam apenas disfarce para a realização de fins já previamente determinados, ainda que esse fim fosse a mera possibilidade de um poder se omitir em relação a um tema sobre o qual deveria se pronunciar ou agir.

Essa discussão muito provavelmente suscitaria inúmeras questões difíceis de serem respondidas. Entretanto, talvez os exemplos que Tushnet descreve, bem como a maneira pela qual esses exemplos são expostos, possam auxiliar na imaginação de novos modos de diálogo e práticas institucionais, ao mesmo tempo em que permitam que a sociedade e as instituições políticas se questionem sobre o real alcance e a sobre a própria razão de ser dessas práticas.

Por fim, Tushnet descreve o modelo de controle judicial de constitucionalidade das leis preconizado por James Bradley Thayer (TUSHNET, 2003, p. 2797-2801). Nesse modelo, o tribunal ou a corte constitucional somente deve invalidar a inconstitucionalidade de determinada lei cuja inconstitucionalidade for patente.

Quanto às demais inconstitucionalidades – sejam essas inconstitucionalidades apenas prováveis ou inconstitucionalidades não manifestamente evidentes – a corte ou o tribunal deveria se abster de invalidá-las por conta de um possível aprendizado institucional na elaboração de leis por parte do poder legislativo.

Assim, com a progressiva experiência da invalidação de leis nitidamente inconstitucionais, o legislativo se apegaria cada vez mais aos ditames do texto constitucional na futura elaboração de leis.

Esse modelo é, provavelmente, o mais sujeito a críticas.

Primeiramente, distinguir entre inconstitucionalidades patentes e inconstitucionalidades não muito aparentes é algo, em si, controverso. A função da atividade judicial, em especial a dos tribunais e das cortes constitucionais, parece ser exatamente a de perquirir se algo é inconstitucional ou não, e não a de medir o possível grau de inconstitucionalidade de uma norma. Aliás, pode ser que um grau de constitucionalidade das normas, ontologicamente, sequer exista.

A partir disso, é possível vislumbrar que é igualmente problemático supor que juízes terão capacidade o suficiente para verificar, por meio de algum método epistemológico infalível, quais seriam as inconstitucionalidades claramente manifestas.

Não bastasse isso, há também o empecilho referente à desconfiança da colaboração do poder legislativo com o judiciário nesse modelo. O que garante que um poder movido pela intermitência das negociações políticas se esforçaria continuamente no zelo pela melhor consecução dos princípios constitucionais?

Apesar de o fato de esse modelo ser provavelmente o mais sujeito a questionamentos, talvez antecipar as críticas que lhe são feitas sirva, de alguma forma, para propor um modelo que, diante dos problemas institucionais brasileiros da contemporaneidade, se amolde da forma mais adequada na busca pelo

aprimoramento dessas instituições e, sobretudo, pela realização dos princípios e dos ditames preconizados no texto da Constituição de 1988.

Assim, ao invés de propor a escolha entre o modo de controle judicial de constitucionalidade aparentemente mais adequado, os modelos aqui expostos, bem como as práticas de diálogo institucional descritas por Tushnet, deverão servir apenas como possibilidades em relação aos problemas institucionais e jurídicos do contexto brasileiro hodierno.

Isso tudo, claro, sem olvidar o fato de que outros modelos são possíveis e, principalmente, que, as várias outras possibilidades institucionais ainda não imaginadas sejam, talvez, infinitas.

## 2. Contexto institucional brasileiro contemporâneo e a Constituição de 1988 – alguns problemas institucionais e jurídicos do Legislativo e do Judiciário

Explanadas algumas das principais formas de controle judicial de constitucionalidade das leis, cumpre agora expor alguns aspectos controversos sobre a estrutura e o funcionamento das instituições do atual contexto brasileiro.

Em seguida, será possível então vislumbrar se algum dos modos de controle judicial de constitucionalidade parece capaz de solucionar esses possíveis empecilhos ou, ao menos, de propor uma alternativa à atual forma de controle judicial de constitucionalidade adotada pelo Poder Judiciário e, em última instância, pelo Supremo Tribunal Federal.

### 2.1. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Para que sejam propostas alternativas ao controle judicial de constitucionalidade das normas no contexto brasileiro, é necessário antes analisar algumas características essenciais do instrumento a delinear não somente a estrutura e as práticas institucionais e jurídicas desse contexto, como também, os limites da própria possibilidade de mudança nessas instituições e práticas.

Antes mesmo de ser promulgada, a Constituição de 1988, curiosamente, já parecia ser singular na história constitucional brasileira e, quiçá, na história recente de todo o constitucionalismo.

A Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988 talvez tenha configurado uma das experiências mais democráticas – no sentido contemporâneo de democracia – dos acontecimentos políticos do fim do século XX.

Ao contrário de toda a tradição constitucional brasileira anterior, a Assembléia Nacional Constituinte contou com o empenho de oito comissões temáticas e vinte e quatro subcomissões. A partir do trabalho dessas comissões e subcomissões, um anteprojeto da Constituição foi apresentado a diversos grupos sociais e políticos.

Em seguida, foram apresentadas cento e vinte e duas emendas populares a esse anteprojeto, que contaram com a quantidade impressionante de mais de doze milhões e duzentas e setenta mil assinaturas (GALANTE, 2003-2004, p. 437-438). Episódio certamente singular nas democracias contemporâneas.

O resultado desse processo constituinte, porém, pode estar suscetível a várias críticas. Aliás, é provável que esteja, eis que a pluralidade que marcara esse processo certamente é capaz de provocar intensos e intermináveis debates quanto ao significado de vários dispositivos dessa Constituição.

Contudo, o que parece não escapar a certos questionamentos é a quantidade provavelmente excessiva de dispositivos constitucionais positivados nessa carta constitucional.

Com a promulgação da última Emenda Constitucional até a presente data – a Emenda Constitucional nº 68/2011 – a Constituição chegou ao número de duzentos e cinquenta artigos, além dos quase cem artigos dos atos das disposições constitucionais transitórias.

Talvez o que seja mais problemático do que a simples constatação quantitativa desses dispositivos, seja o fato de que o processo democrático responsável por promulgar a Constituição de 1988 optou por positivar diversas matérias usualmente não constitucionais nesse texto constitucional.

Inclusive, a quantidade desses dispositivos – referentes a matérias administrativa, tributária, financeira, agrária, previdenciária, ambiental, entre algumas outras – supera, em muito, aquela referente ao núcleo usual das constituições contemporâneas – que parece ser a garantia do princípio da separação de poderes,

a estruturação mínima desses poderes, somadas à existência de direitos fundamentais e alguns outros poucos princípios basilares do constitucionalismo.

Além disso, o processo constituinte que deu origem a essa Constituição parece ter se preocupado em demasia com o detalhamento de regras concernentes a procedimentos e estruturas institucionais.

Assim, se esse processo optou por incluir toda essa legislação na Constituição de 1988 e, ao mesmo tempo, atribuiu a responsabilidade final pela garantia da efetividade normativa dessas normas ao Supremo Tribunal Federal, é difícil refutar a constatação de que esse Tribunal muito provavelmente esteve, nas últimas décadas, está e estará fadado a uma tarefa quase inexaurível.

### 2.2. A crise numérica de processos no Supremo Tribunal Federal

Não bastasse esse encargo pelo zelo da Constituição de 1988 – incluídas aqui matérias usualmente não positivadas nas constituições de outros países – ser, por si só, o suficiente para ocupar qualquer tribunal ou corte constitucional por tempo indeterminado, essa carta constitucional, estabeleceu, em seu art. 102, incisos e alíneas, diversas outras competências que cabem a esse Tribunal.

Oportuno frisar que muitas dessas não parecem configurar casos que se enquadram em ações tipicamente constitucionais, principalmente se essas hipóteses forem comparadas com a processualística constitucional de outras nações.

Além disso, é preciso assinalar que o Supremo Tribunal Federal ocupa posição particular em relação à maioria dos sistemas de hierarquia jurisdicional contemporâneos. A um só tempo, esse Tribunal parece exercer a função de instância última de resolução de controvérsias e, – principalmente, com a sofisticação do controle abstrato de constitucionalidade de leis no cenário brasileiro após a Constituição de 1988[73] – a de um tribunal constitucional autônomo.

Todas essas peculiaridades parecem, de alguma maneira e em algum grau, acarretar a crise numérica de processos a serem apreciados pelo Supremo Tribunal

---

[73] A formulação dessa processualística constitucional brasileira, com a criação da ação direta de inconstitucionalidade, – inclusive em casos de omissão legislativa – da ação declaratória de constitucionalidade, e da ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental, parece ter conferido ao Supremo Tribunal Constitucional a possibilidade de um controle abstrato de normas quase completo.

Federal, um dos principais problemas institucionais do Judiciário brasileiro desde o começo do século XX.[74]

Para se ter uma noção da quantidade quase estratosférica dessas ações, é oportuno expor alguns números.

Em 1980, o Supremo Tribunal Federal julgou pouco mais de nove mil processos. Em 2001, essa quantidade de julgamentos ultrapassou, pela primeira vez, a barreira dos cem mil. Em 2008, outros mais de cem mil processos foram protocolizados. Pelo menos estatisticamente, a tendência é que esses números cresçam ainda mais. [75]

Os dois órgãos que compõem o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha julgaram, em 2001, pouco mais de quatro mil e seiscentos processos. De 1951 – data de início de funcionamento desse Tribunal – a 2003, foram julgados quase cento e cinquenta mil processos (MENDES, não publicado, p. 13-15), quantidade próxima ao número de processos que o Supremo Tribunal Federal costuma julgar, nesses tempos recentes, em um ano e meio.

A Corte Constitucional estadunidense, por sua vez, raramente julga mais de cem ações em um ano.

No que tange ao contexto brasileiro, é necessário apontar ainda outro aspecto institucional problemático. Além de essa crise numérica ser, em si, muito provavelmente nociva à possibilidade de um funcionamento judicial adequado, a quantidade de ações constitucionais pertinentes ao controle abstrato de normas pode revelar outros problemas nas demais instituições brasileiras, sobretudo no Legislativo.

Atualmente, o Supremo Tribunal Federal está muito próximo de atingir a marca de cinco mil ações diretas de inconstitucionalidade recebidas, incluídas as de inconstitucionalidade por omissão legislativa. Considerável parcela dessas ações têm sido julgadas procedentes.

---

[74] O Ministro Nilson Naves cita, em julgamento realizado em 2001, que, desde 1918, já havia doutrinadores que alertavam sobre essa crise numérica. Ver seu voto em: BRASIL Superior Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento no Recurso Especial nº 215.881/PR*. Corte Especial. Relator: Ministro Nilson Naves. Publicado no DJ em 8 de abril de 2002.

[75] Para os exatos valores desses dados, ver a tabela em: MENDES; BRANCO, 2011. p. 994.

Talvez esse número seja indício ou do excessivo detalhamento constitucional atribuído pela Constituição de 1988 a matérias usualmente não constitucionais, ou do desleixo ou, no mínimo, da desatenção do Poder Legislativo em relação aos ditames constitucionais na elaboração de legislação infraconstitucional. Muito provavelmente é indício da existência de ambos esses problemas.

Assim, diante não apenas da crise numérica de processos no Supremo Tribunal Federal, como também das questões institucionais que lhe são relacionadas, é imprescindível tecer alguns questionamentos.

É legítimo que onze ministros juízes sejam responsáveis por julgar mais de cem mil processos em um ano? Das críticas que serão feitas nesta dissertação, talvez a única que seja definitiva é a de que, caso todos esses processos tenham de ser julgados da maneira como deveriam ser julgados, e de fato pelo ministro responsável por julgá-los, esse cenário atual demonstra a evidente impossibilidade humana para tal.

E, diante dessa quantidade estratosférica, como é possível assegurar que um Tribunal constitucional que julga dezenas de milhares de processos a cada ano se atenha de modo adequado e sério a discussões constitucionais complexas? Em casos constitucionais que concernem às questões mais profundas e delicadas da existência humana – como aborto, liberdade de crença, definição do princípio da igualdade, delineamento do conceito de dignidade da pessoa humana, entre várias outras –, como justificar – institucional, social, política e moralmente – a resolução dessas controvérsias por meio de um Tribunal quase certamente sobrecarregado?

Não seria razoável delegar os casos que envolvem todas essas questões significativamente menos complexas – que parecem constituir, aliás, a maioria dos processos – a outro tribunal? Por que razão seria preciso que causas pertinentes aos dispositivos constitucionais usualmente não constitucionais fossem julgadas por um tribunal que lhes desse pouca e breve atenção?

De que modo seria possível diminuir a quantidade elevada de leis elaboradas que têm sido declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal?

Curiosamente, esses problemas nas estruturas e nas práticas institucionais brasileiras parecem ter ocorrido em virtude do próprio texto constitucional ou, ao menos, das interpretações que lhe têm sido dadas desde sua promulgação.

Na exaltação e com o escopo de elaborar a Constituição de 1988 da forma mais democrática possível, talvez a Assembléia Nacional Constituinte tenha sido desatenciosa em relação aos esforços que essa carta constitucional demandaria e, principalmente, aos possíveis problemas que surgiriam, que parecem atormentar as instituições brasileiras na atualidade.

Mediante quais maneiras, portanto, poderiam as instituições e a sociedade brasileira iniciar, em dissonância com os procedimentos estabelecidos pelos debates da Assembléia Constituinte de 1987/1988, a transformação e o aprimoramento de suas práticas e estruturas institucionais na busca pitoresca pela realização, em última instância, do objetivo precípuo dessa própria Assembléia, ou seja, da existência de uma ordem constitucional democrática e plural para a realidade brasileira?

### 2.3. Emendas à Constituição de 1988

Há, ainda, outro aspecto que deve ser analisado antes de iniciar a proposição de alternativas às práticas institucionais contemporâneas do contexto brasileiro.

Curiosamente, esse aspecto pode ser compreendido tanto como um entrave ao adequado funcionamento das instituições como um aprimoramento dessas práticas.

Apesar de existir apenas há pouco mais de duas décadas, a Constituição de 1988 já foi reformada por diversas vezes. Em dezembro de 2011, foi promulgada a sessentésima oitava Emenda Constitucional a essa carta constitucional – a Emenda Constitucional nº 68/2011.

Além disso, nada parece assegurar uma diminuição na elaboração de futuras emendas. Apenas nos anos de 2009 e 2010, um total de dez emendas foram promulgadas.

Em nítido contraste com esses números, o contexto estadunidense pode servir de modelo para possíveis críticas a serem aqui tecidas. Em seus mais de dois

séculos de vigência, a Constituição estadunidense foi emendada apenas vinte e sete vezes.

Algumas razões, já de certo modo delineadas nesta dissertação, podem servir de explicação para a quantidade de Emendas à Constituição brasileira.

Consoante já detalhadamente descrito, a Constituição de 1988 é bem provavelmente extensa em excesso. E, quanto maior o número de dispositivos constitucionais, maior é a tendência que esses dispositivos sejam revistos.

Além disso, as matérias usualmente infraconstitucionais positivadas no texto constitucional brasileiro também muito provavelmente teriam sido modificadas ainda que não tivessem sidas incorporadas à carta constitucional de 1988. Nesse aspecto, portanto, as diferenças seriam quase exclusivamente procedimentais e terminológicas.[76]

Somado a isso, há casos em que o Poder Legislativo, a fim de modificar alguma das várias regras constitucionais pormenorizadas, não vislumbra outra hipótese a não ser a edição de Emenda à Constituição para tal.

Essa quantidade de Emendas Constitucionais pode auxiliar a revelar de modo ainda mais evidente alguns dos problemas institucionais brasileiros nos tempos hodiernos.

Assim, a existência de sessenta e oito reformas à Constituição de 1988 em pouco mais de vinte anos pode demonstrar o diminuto respeito do Legislativo ou o desapego desse Poder à força normativa do texto original da Constituição ou, ainda, o fracasso de alguns dos prognósticos do processo constituinte brasileiro de 1987/1988.

Ademais, nas hipóteses em que o Legislativo, ao tentar promulgar legislação que afronte determinado dispositivo constitucional, verifica essa impossibilidade por meio da alerta do Supremo Tribunal Federal e, a partir disso, propõe Emenda Constitucional para a modificação inicialmente prevista na lei declarada inconstitucional, são circunstâncias em que o mencionado descaso desse Poder em relação à normatividade constitucional também pode ser percebido.

---

[76] Ou seja, essas modificações ocorreriam por meio da edição de lei ao invés da promulgação de emenda constitucional, mas a substância dessas alterações seria a mesma nas duas hipóteses.

Contudo, outra apreensão do que significa esse número de Emendas à Constituição de 1988 é possível.

A atuação intensa do Poder Legislativo brasileiro pode ter ocorrido em virtude da provocação por parte de grupos sociais com o escopo de corrigir equívocos no texto constitucional original.

É possível, também, que as Emendas Constitucionais tenham aprimorado a normatividade dessa Constituição, e não propriamente a colocado em xeque. No que diz respeito às previsões iniciais possivelmente errôneas das discussões realizadas pela Assembléia Nacional Constituinte de 1987/1988, pode ser que o Legislativo tenha, com base na experiência dessas últimas duas décadas, aperfeiçoado a carta constitucional de 1988.

Nesse sentido, não terá o Poder Legislativo possivelmente auxiliado a aprimorar a ordem constitucional e as práticas institucionais brasileiras? Caso isso for verdade, o que impede alguém de afirmar que o Legislativo tenha, a seu modo, exercido um efetivo e adequado controle de constitucionalidade da própria Constituição?[77]

## 3. Atenuação do controle judicial brasileiro de constitucionalidade das normas e possibilidades de aperfeiçoamentos institucionais e jurídicos

Pois bem. Delineadas as principais formas de controle judicial de constitucionalidade das leis nas instituições hodiernas e, em seguida, expostos alguns dos problemas mais sérios no funcionamento e na estrutura do Poder Judiciário e do Poder Legislativo, não será possível formular algum modelo alternativo que propicie práticas institucionais mais adequadas, ao mesmo tempo em que mantenha coeso o controle de constitucionalidade das leis brasileiras?

Pela apreensão daquilo exposto nos tópicos anteriores desta dissertação, dois aspectos problemáticos ficam em evidência, um relacionado principalmente ao Judiciário e o outro ao Legislativo – o excesso de processos sob responsabilidade do Supremo Tribunal Federal e a possível desídia das casas parlamentares na

---

[77] Essa idéia é, quase certamente, exagerada. Nada impede, porém, de analisar se o Legislativo, mediante a edição dessas Emendas Constitucionais, tem auxiliado no aperfeiçoamento das instituições brasileiras e da própria Constituição de 1988.

elaboração de leis em consonância com os ditames constitucionais, respectivamente.

Desses, podem decorrer inúmeros outros, alguns dos quais já foram parcialmente apontados, como a atenção talvez insuficiente dada pelo Supremo Tribunal Federal a temas constitucionais complexos.

O que aqui importa, porém, é verificar se, e até que ponto, o modo de controle judicial de constitucionalidade assumido atualmente pelo Judiciário brasileiro auxilia a agravar ainda mais esses empecilhos institucionais.

Aparentemente, pode ser razoável concluir que um controle judicial firme reforce os costumes de um Legislativo desleixado.

Ora, se o Supremo Tribunal Federal, em última instância, assegurará a observância das normas constitucionais em relação às leis eventualmente promulgadas pelo Legislativo, por que razão este Poder haveria de zelar de modo preventivo pelas possíveis afrontas ao texto constitucional?

E, se além dessa função de fiscalizador quase incansável da atividade parlamentar, o Supremo Tribunal Federal estiver também fadado a garantir a efetividade normativa de uma Constituição excessivamente extensa, o que será possível esperar de um Tribunal composto de apenas onze ministros juízes?

Dentre as alternativas apontadas por Tushnet, talvez seja oportuno analisar, brevemente, todas, uma a uma, com o escopo de verificar se alguma se amolda melhor à atual conjuntura jurisdicional e legislativa do Brasil.

Desistir completamente do controle judicial firme de constitucionalidade e atribuir o encargo maior de observância dos ditames constitucionais às instâncias parlamentares parece algo completamente desarrazoado.

Se, mesmo com um controle firme, o legislativo persiste na tentativa de elaboração de várias leis em confronto com a Constituição, é bem provável que o resultado da simples adoção de um controle judicial tênue de constitucionalidade provoque problemas institucionais e jurídicos ainda mais sérios.

Além da possível quantidade exagerada de leis promulgadas em conflito com normas constitucionais, a assunção da atividade do Supremo Tribunal Federal pelo

Legislativo como somente consultiva pode acarretar práticas autoritárias por parte do parlamento e a existência de uma função quase inútil por considerável parte – aliás, pelo topo – do sistema jurisdicional brasileiro.

Tushnet, inclusive, afirma que a prática do controle judicial tênue de constitucionalidade das leis parece se amoldar àqueles países com tradição parlamentar forte e séria, em que os congressistas realmente sejam considerados como legítimos representantes do povo (TUSHNET, 2003, p. 2785-2786).

Apesar de a constatação a ser feita a seguir ser possivelmente equivocada em parte, a confiança no Poder Legislativo brasileiro não parece ser capaz de mudar o atual cenário rumo a um novo contexto em que haja um efetivo e frutífero diálogo institucional entre parlamento e tribunal constitucional, como aqueles verificados, por exemplo, na Inglaterra e na Nova Zelândia.

Contudo, será a mera apreensão de que a adoção do controle judicial tênue de constitucionalidade no Brasil estaria fadada ao fracasso o suficiente para justificar a continuidade dos atuais costumes problemáticos na atividade judicial e legislativa no cenário institucional brasileiro contemporâneo?

É possível que a persistência no atual modelo não somente auxilie a solidificar os dois principais empecilhos aqui apontados – a saber, a crise numérica de processos no Supremo Tribunal Federal e a desatenção da atividade legislativa em relação ao texto constitucional – como, também, os agrave, de modo a causar ainda outros problemas nas décadas porvir.

Assim, seria possível também, que, com a consolidação de casas parlamentares cada vez mais desleixadas no que diz respeito à Constituição de 1988, somado a um Tribunal progressivamente mais sobrecarregado, o debate público fomentado por esses Poderes, principalmente a discussão pertinente a questões constitucionais, seja mitigado a um grau quase insignificante de participação popular.

Em suma, estarão as instituições brasileiras fadadas, independentemente da escolha pelo controle judicial de constitucionalidade firme ou tênue, a um funcionamento inadequado das instituições judiciais e legislativas e, sobretudo, a

uma participação e discussão popular irrelevantes para a consecução dos ditames consubstanciados na Constituição de 1988?

Antes de propor um desfecho nesse sentido, cumpre salientar que algumas das críticas aqui feitas em relação às consequências desses dois modos de controle judicial de constitucionalidade muito provavelmente tenham sido exageradas.

Além disso, as possibilidades desses modelos aplicáveis à realidade institucional brasileira não parecem ter sido esgotadas.

Entre esses dois modelos, há aquele modelo misto de controle judicial de constitucionalidade. Assim, mediante determinado ou determinados critérios, algumas normas constitucionais estariam ao crivo do controle judicial firme e, concomitantemente, as demais normas se sujeitariam a um controle tênue (TUSHNET, 2003, p. 2796).

Conforme já indicado, Tushnet é o primeiro a duvidar da possibilidade da existência de sua própria alternativa. Isso porque, primeiramente, seria preciso um critério – talvez ontologicamente inexistente – para separar normas constitucionais em dois diferentes grupos.

Não fosse isso o suficiente para complicar a formulação desse modelo, qual seria ou quais seriam as condições para enquadrar um grupo no controle firme e o outro no tênue, ou vice-versa?

Tushnet ressalta que é possível que certos dispositivos, distintivamente merecedores de atenção judicial, se sujeitariam a um controle firme, ao passo que aqueles dispositivos constitucionais não merecedores dessa atenção se enquadrariam à flexibilidade e à insegurança institucionais e dialógicas do controle tênue.

Em sentido contrário, Tushnet também afirma que é possível justificar o contrário. As normas constitucionais aparentemente mais importantes haveriam de se sujeitar a um debate institucional e político mais amplo, característica da própria intenção do controle tênue, de modo que as normas constitucionais supostamente não distintivamente importantes poderiam ser amparadas pela confiança em um poder especializado, argumentativo e decisório como o judiciário.

Na verdade, esse modelo misto parece formular dois modelos distintos, com consequências jurídicas e institucionais igualmente diferenciadas.

Antes, porém, de analisá-los separadamente, convém ressaltar algumas confluências interessantes entre essa idéia apontada, e ao mesmo tempo, quase descartada por Tushnet, com alguns dispositivos da Constituição brasileira de 1988.

Inicialmente, antes de sequer começar a expor os diferentes modos de controle judicial de constitucionalidade das leis, Tushnet afirma que a opção por um modelo firme ou tênue geralmente se pauta ou no próprio texto constitucional de uma nação, ou na tradição das práticas constitucionais de um país ou, como na maioria das vezes de fato ocorre, em ambos (TUSHNET, 2003, p. 2781).

No caso brasileiro, é evidente que os costumes da atividade jurisdicional, sobretudo a partir da promulgação da Constituição de 1988, apontam no sentido de que o controle judicial brasileiro é firme.

Contudo, há um dispositivo nessa própria carta constitucional que pode levar a um entendimento diferente.

Essa Constituição, em seu art. 52, ao estabelecer as competências privativas do Senado Federal, dispõe, no inciso X do mencionado artigo, que a esse órgão cabe a suspensão da execução, em todo ou parcialmente, de lei declarada inconstitucional, em decisão definitiva, pelo Supremo Tribunal Federal.

Há algumas possibilidades hermenêuticas em relação a esse dispositivo. Segundo o próprio entendimento constitucional dominante no cenário pós Constituição de 1988, essa suspensão deve ser considerada obrigatória, ou seja, deve ser concebida como um quase dever de o Senado publicizar a declaração de inconstitucionalidade de uma determinada norma.

No entanto, é possível também que a intenção teleológica desse inciso seja a instauração de um controle judicial de constitucionalidade tênue para o contexto brasileiro. Assim, uma vez emitida a opinião do Supremo Tribunal Federal quanto à eventual inconstitucionalidade de uma lei, o Senado Federal, em atenção a essa declaração, deveria vislumbrar se a vigência dessa norma efetivamente haveria de ser suspensa ou não.

Assim, o fato de a própria carta constitucional brasileira ter optado por um controle judicial firme ou tênue é algo que permanece aberto a discussão.

Algo curioso, ainda no que diz respeito à Constituição de 1988, é a existência de outro dispositivo pitorescamente relacionado às considerações de Tushnet.

A fim de estabelecer a garantia de certas normas imutáveis, a Constituição, em seu art. 60, §4º, e alíneas, determinou que não poderão ser objeto de deliberação as propostas de Emendas Constitucionais tendentes a abolir ou dissolver a forma federativa do Estado, o voto periódico, direto, secreto e universal, a separação dos Poderes e, por fim, os direitos e as garantias individuais.

É bem verdade que, em comparação à extensão da Constituição de 1988, esses dispositivos imodificáveis – as cláusulas pétreas – componham uma parcela minoritária do texto constitucional.

Dessa forma, não será possível que aquele critério não vislumbrado por Tushnet – concernente à divisão das normas constitucionais em dois grupos distintos – apareça de modo sobressalente na própria redação do art. 60, §4º, e alíneas da Constituição de 1988?

A discussão referente à distinção de alguns dispositivos constitucionais em um grupo – referentes às cláusulas pétreas – e dos demais em outro – sujeitos à modificação por meio de Emenda Constitucional – configurar ou apenas uma simples divisão em dois grupos, ou uma hierarquia normativa na própria Constitucional ou, ainda, uma diferenciação ontológica dessas normas constitucionais é capaz de configurar um interessantíssimo debate a respeito do constitucionalismo brasileiro pós 1988 e, em um âmbito maior, da própria filosofia constitucional, e que será, em parte, objeto de apontamentos no tópico posterior desta dissertação.

O que resta apenas a ser apontado aqui é o fato de que, ao contrário do que o próprio Tushnet parecia haver indicado, não somente a adoção de um modelo misto[78] de controle judicial de constitucionalidade é possível no contexto brasileiro

---

[78] O sentido de misto utilizado aqui se refere a um controle ao mesmo tempo firme e tênue ou, ao menos, com práticas jurisdicionais que acarretem graus distintos de firmeza no controle judicial de constitucionalidade das normas. É possível, também, por exemplo, denominar um controle judicial de constitucionalidade concomitantemente concentrado e difuso como misto. Entretanto, cumpre aqui

como, sobretudo, talvez essa seja a solução mais adequada inclusive no que diz respeito ao cerne da Constituição de 1988, principalmente em virtude do teor de seus art. 52, inciso X, e art. 60, §4º, e alíneas.

E, dentre as duas possibilidades de modelo misto, em qual deles as práticas institucionais do Judiciário e do Legislativo brasileiros se amoldariam de modo mais adequado?

Ora, ao que parece, conferir às instâncias parlamentares o zelo pelos dispositivos que justamente não podem, sob hipótese alguma, ser objetos de extinção sequer por meio de Emenda à Constituição seria algo quase irracional.

Ademais, atribuir ao Supremo Tribunal Federal o dever de se desapegar às questões constitucionais mais relevantes – principalmente aquelas que envolvem o princípio da separação de poderes e o delineamento dos direitos e das garantias individuais – para que esse Tribunal continue a se esmiuçar na análise daqueles dispositivos que parecem configurar a própria crise numérica de processos a serem julgados, é também igualmente desarrazoado.

Assim, talvez o modelo oposto de controle de constitucionalidade misto possa fornecer a melhor solução, ou ao menos algumas vantagens, em relação ao cenário institucional brasileiro hodierno.

Para as normas tuteladas pela proteção do art. 60, §4º, e alíneas da Constituição,[79] o Supremo Tribunal Federal haveria de continuar a realizar um controle judicial de constitucionalidade firme. Aliás, talvez ainda mais firme que aquele efetivado atualmente.

No que diz respeito às demais normas constitucionais, o Supremo Tribunal Federal poderia propor um diálogo institucional com o Poder Legislativo por meio de um controle judicial firme cada vez mais atenuado.

---

expor que, a não ser onde esteja explicitado, o sentido de controle misto usado no decorrer desta dissertação será o primeiro aqui descrito.

[79] A discussão a respeito do que exatamente é amparado por esse dispositivo é tão problemática quanto as próprias possibilidades de diferentes modos de controle judicial de constitucionalidade das leis. Há discussão, por exemplo, quanto ao enquadramento ou não dos direitos de índole social como cláusulas pétreas. Há, também, debate quanto à existência desses direitos fora do art. 5º da Constituição de 1988. Em relação a esse debate, os princípios da anterioridade eleitoral e da anterioridade tributária já foram definidos como cláusulas pétreas pelo Supremo Tribunal Federal. A análise dessas questões provavelmente demandaria um artigo inteiramente novo. A esse respeito, ver: MENDES; BRANCO, 2011, p. 138-151.

Assim, ao apreciar os dispositivos de determinada lei em face de dispositivos constitucionais não enquadrados no art. 60, §4º, e alíneas, o Supremo Tribunal Federal poderia declará-los inconstitucionais, elencar os dispositivos constitucionais ofendidos e, propor que o Legislativo corrigisse, em algum prazo, as afrontas verificadas na lei em relação a essas normas constitucionais explicitadas na decisão.

Em síntese, o Supremo Tribunal Federal poderia proferir algo com o seguinte teor:

> Diante do que dispõem os seguintes artigos da Constituição, os seguintes dispositivos dessa Lei há de ser declarada inconstitucional. Assim, até que essa Lei for devidamente corrigida, os efeitos de seus dispositivos inconstitucionais serão declarados nulos. Caso as casas parlamentares, contudo, optem por conformá-los à Constituição, no prazo máximo de cento e vinte dias, a Lei passará a ter eficácia em sua totalidade. Após as correções, volte-se a Lei retificada para o presente Tribunal, a fim de reapreciação de possíveis outras inconstitucionalidades.

É bem verdade que essa espécie de decisão sequer pode ser considerada como algo próximo do controle judicial tênue de constitucionalidade. É, porém, um controle firme bastante atenuado.

E, se for considerado que essa prática muito provavelmente somente alcançará resultados frutíferos a médio ou a longo prazo, fica perceptível uma possibilidade de atenuação contínua e progressiva do controle judicial de constitucionalidade dos dispositivos constitucionais que não são cláusulas pétreas.

De que maneira poderia essa prática chegar a resultados que solucionassem, ou ao menos aliviassem os principais problemas institucionais e jurídicos apontados nos tópicos anteriores?

A prática de um Tribunal pedagógico e dialógico poderia forçar o Legislativo a observar os dispositivos constitucionais de modo cada vez mais atento. É bem provável que, na verdade, esse costume levasse a uma relação institucional conflituosa em que as instâncias parlamentares preferissem desrespeitar os comandos da jurisdição constitucional.

Contudo, certamente haverá casos em que a correção da lei declarada inconstitucional seja mais eficiente e oportuna que a sua declaração de total invalidade. Assim, é possível que, com inspiração nesses casos, o Legislativo passe

a apreciar de modo cada vez mais atento os preceitos constitucionais na edição de futuras leis.

Caso isso – claro, somente a médio ou a longo prazo – realmente ocorra, a quantidade significativa de leis declaradas inconstitucionais provavelmente diminuirá, uma vez que o Legislativo, agora, ciente da pertinência de suas promulgações em relação à maioria dos dispositivos constitucionais, pensará duas vezes antes de editar algo em confronto com a carta constitucional.

Além disso, o fomento do debate a respeito do significado desses dispositivos constitucionais pode configurar o canal para a ampliação das discussões populares e sociais também relacionadas à natureza e ao alcance dessas normas.

Quanto à jurisdição, sobretudo em relação ao Supremo Tribunal Federal, os possíveis resultados podem ser igualmente positivos. Com a prática reiterada desse controle, a quantidade de leis que sejam alvos de questionamentos em relação a suas inconstitucionalidades poderá ser minorada de modo significativo.

Com isso, a quantidade de processos que serão propostos ao Supremo Tribunal Federal também diminuirá, de modo a aliviar a atual crise numérica. E, por consequência, esse Tribunal poderá dispor de mais tempo para apreciar as questões constitucionais mais delicadas, sobretudo, aquelas concernentes a cláusulas pétreas.

Em síntese, diante do que foi exposto por Tushnet, é de se perceber que uma combinação das alternativas elencadas é capaz de, possivelmente, aliviar diversos problemas institucionais de uma só vez.

Na verdade, esse controle judicial de constitucionalidade brasileiro não seria profundamente alterado. Em relação às cláusulas pétreas, o controle persistiria como quase idêntico ao atual. Quiçá, seria ainda mais firme.

E, para as demais normas constitucionais, essa atenuação, ainda que progressiva e contínua, talvez jamais chegue ao ponto de ser tão tênue quanto àquele controle inglês ou canadense.

Em suma, a proposta aqui presente seria a de um controle firme para aquilo amparado pelo art. 60, §4º, e alíneas e um controle firme atenuado, ou tênue-firme, para as demais normas constitucionais.

A despeito de as considerações aqui tecidas parecerem levar a conclusão de que um simples arranjo ou desarranjo na prática da jurisdição constitucional brasileira pode acarretar profundas resoluções nas estruturas e no funcionamento falhos das instituições contemporâneas, esse modelo misto pode ser criticado por diversas maneiras.

A necessária desconfiança no Poder Legislativo, a própria natureza deontológica do direito e a possibilidade de robustez da politização do Poder Judiciário parecem ser as três principais críticas que de imediato podem ser apontadas. Além disso, algumas outras são possíveis de serem conjecturadas.

Portanto, a fim de melhor se visualizar se não apenas o efetivo aperfeiçoamento que esse modelo de controle misto é capaz de modular, bem como, se sua própria existência é possível, cabe antecipar os questionamentos e os ataques a essa proposta, com o intuito de, em última instância, perquirir a solução aparentemente mais adequada aos problemas institucionais e jurídicos já reiteradamente expostos nesta dissertação.

## 4. Algumas críticas ao modelo misto de controle judicial de constitucionalidade e as respostas a essas críticas

Em relação ao modelo proposto no tópico anterior – a implementação de um controle judicial de constitucionalidade firme para as cláusulas pétreas e a de um controle firme atenuado ou tênue-firme em relação às demais normas constitucionais – pode haver críticas a lhe serem feitas por meio de constatações quanto ao Poder Legislativo, ao Poder Judiciário e, ainda, quanto ao próprio direito em si.

Convém aqui, pois, esboçar cada uma dessas críticas, e, em um momento seguinte, possivelmente rebatê-las, para, ao fim da presente dissertação, vislumbrar a forma aparentemente mais adequada do controle judicial brasileiro de constitucionalidade das leis e, sobretudo, a forma que estaria em maior harmonia com aquilo preconizado na Constituição de 1988.

### 4.1. Desconfiança em relação ao Poder Legislativo

A possibilidade da existência de um efetivo diálogo constitucional quase pedagógico entre o Judiciário e o Legislativo é certamente algo a ser questionado. Aliás, o número significativo de normas declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal pode ser um forte indício da recusa das instâncias parlamentares a levar tanto as decisões desse Tribunal quanto os próprios temas constitucionais a sério.

Principalmente no que diz respeito ao controle firme atenuado, ou tênue-firme, proposto para amparar a normatividade dos dispositivos que não se enquadram na delimitação do art. 60, §4º, e alíneas, três críticas principais a essa espécie de busca pela aprendizagem constitucional pelo Legislativo podem ser apontadas.

Em um primeiro momento, é de se apontar uma possível falta de capacidade inerente ao Legislativo, de modo a se duvidar da chance de êxito nesse processo institucional. Se as casas parlamentares têm, nas últimas duas décadas, continuamente editado dispositivos inconstitucionais, não será isso o suficiente para duvidar sobre qualquer possibilidade de aprimoramento institucional desse Poder nesse aspecto?

Somada a essa possível incapacidade, há ainda a provável ausência de vontade em o Legislativo se esforçar na lição a ser prolatada pelas decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle firme atenuado de constitucionalidade. Como sugere Tushnet, a única vantagem do modelo proposto por Thayer – a possibilidade de uma prática pedagógica para o Legislativo – pode ser facilmente descartada ante a faculdade de as casas parlamentares simplesmente se recusarem a aprender a suposta lição constitucional (TUSHNET, 2003, p. 2801).

Aliás, com base nessas críticas, é possível pormenorizá-las em duas outras.

Essa possível incapacidade, ainda que não seja intrínseca ao Poder Legislativo, pode ressurgir à medida que os congressistas forem sendo renovados. Ou seja, ao término do mandato de deputados e senadores finalmente, após anos, atentos aos ditames constitucionais, novos parlamentares, alheios a essas preocupações, ocupariam seus lugares.

Em relação à ausência de vontade, é imprescindível ressaltar que o Legislativo é, em sua essência, um órgão intermitente, negocial e, sobretudo, político. O que garantiria uma paralisação de suas atividades usuais para o aprendizado constitucional a ser guiado pelo Supremo Tribunal Federal?

Assim, quanto mais complicada ou custosa for a execução de uma atividade por parte do Legislativo, menor parece a chance de esse ato chegar a ser realizado (TUSHNET, 2003, p. 2795).

Essas críticas são todas de extrema pertinência à possibilidade de implementação do modelo proposto no tópico anterior desta dissertação.

Somada a essas, há também outra ainda mais interessante, que pode suscitar significativos debates inclusive a respeito dos limites entre política e direito.

Geralmente, as leis editadas são fruto de um intenso processo político de negociação, representação e barganha. Assim, além de a base eleitoral para a edição de uma lei possivelmente ser modificada com o decorrer do tempo, os congressistas poderão se encontrar em um dilema a respeito do que fazer em relação a um possível confronto entre seu suporte eleitoral e a recomendação por parte do Supremo Tribunal Federal quanto à questão constitucional pertinente à norma promulgada.

Tushnet cita o interessante exemplo em que uma base eleitoral apoiaria a imposição de um tributo mediante uma maneira, mas provavelmente não apoiará essa mesma imposição caso o parlamento o faça nos moldes determinados pela corte constitucional (TUSHNET, 2003, p. 2794-2795).

Ou seja, ainda que o controle judicial de constitucionalidade atenuado auxilie a dissolver a incapacidade e a inércia por parte do Legislativo, esse problema representativo e constitucional persistiria em várias situações, o que talvez demonstre a impossibilidade de esse modelo ser implementado.

É necessário, pois, rebater cada uma dessas três críticas.

No que tange à possível desconfiança quanto à capacidade e vontade de o Legislativo se ater aos ditames constitucionais, seria preciso, caso se concordasse que esses aspectos impossibilitassem a adoção do modelo proposto, rever a própria

razão de ser desse Poder, ou ao menos da maneira pela qual essa instituição funciona na atualidade.

Diante de um Legislativo presumivelmente inadequado, é possível optar por uma de três escolhas.

Radicalmente, pode-se defender sua extinção face à total inobservância de sua atuação em conformidade com os preceitos da Constituição de 1988.

Passivamente, é possível aceitar que o atual funcionamento dessa instituição é, a despeito de falho em vários aspectos, aquele provavelmente mais adequado.

Por fim, a sociedade civil e as próprias instituições podem assumir uma posição intermediária e propor alternativas que, experimentalmente, busquem por aprimorar essas instâncias parlamentares.

A perpetuidade do controle judicial de constitucionalidade hodierno parece servir de substrato para que o Legislativo se mantenha cada vez mais negligente em relação aos dispositivos constitucionais.

Não será mais provável que o diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e os congressistas auxilie na melhor capacitação constitucional do Legislativo?

Afirmar que o Legislativo é incapaz ou inerte e, a partir disso, defender práticas que o mantenham e o tornem cada vez mais inativo e cada vez menos capacitado a refletir sobre temas constitucionais é, muito provavelmente, uma falácia tautológica.

Jürgen Habermas, por exemplo, pautado na necessidade do diálogo entre as instituições e, principalmente, entre as instituições e a sociedade civil, propõe que as instâncias legislativas – espaços legítimos para a consecução de finalidades particulares por meio da negociação política – continuamente busquem maneiras de auto-reflexão sobre os princípios constitucionais – de índole pública – a nortearem esse processo político (HABERMAS, 1997, p.300).

Talvez, em última análise, a assunção do Legislativo como inábil seja reflexo de uma sociedade igualmente incapaz de perquirir o significado dos ditames constitucionais e, sobretudo, inerte na consecução daquilo previsto na Constituição de 1988.

Assim, para que aqui não seja tecida uma conjectura quase anarquista de abolição do próprio debate parlamentar e, principalmente, social, a respeito do que está na carta constitucional, é necessário assumir as vias de aprimoramento institucionais como possíveis.

Além disso, será que o Legislativo realmente tenha se mostrado tão incapaz e omisso assim nas questões que concernem à Constituição de 1988 ? Não é possível que, por exemplo, as sessenta e oito Emendas Constitucionais editadas desde a data da promulgação dessa Constituição, tema já debatido em tópico anterior desta dissertação, demonstre o contrário?

E, na pior das hipóteses, – embora isso constitua um argumento demasiadamente pragmático – caso verificada a completa inadequação, mesmo a médio ou longo prazo, desse controle misto, as instituições brasileiras poderão voltar a utilizar um controle judicial puramente firme de constitucionalidade das normas.

A crítica que aqui subsiste, porém, diz respeito à correta conduta dos congressistas em relação aos dilemas advindos do choque entre representação política e apego às regras constitucionais.

Ora, conforme já de certo modo salientado por Habermas, é necessário que as casas parlamentares sejam locais não somente da legítima busca pela representação privada, como também, instâncias de reflexão sobre o que significa e por qual modo deve ocorrer essa busca conflituosa e política em relação aos ditames constitucionais – de ordem pública, ética e, por que não, moral.

Assim, diante das controvérsias a respeito do que fazer nessas hipóteses, a adoção, por um parlamentar, da medida inicialmente contrária à sua base eleitoral poderá provocar diversos grupos da sociedade civil, também, ainda que de um modo quase forçado, a refletir sobre o significado público, constitucional e moral das regras corrigidas pelo judiciário e posteriormente promulgadas pelo legislativo.

No caso do Brasil, talvez essa pretensão esteja moldada por um quê de utopia.

Entretanto, como os resultados do modelo misto proposto nesta dissertação somente poderão ser verificados, provavelmente, a médio ou a longo prazo, talvez seja necessário que as instituições e a sociedade brasileiras compreendam que,

para um aprimoramento adequado e real quanto aos ditames constitucionais, é necessária a reformulação contínua, progressiva e, talvez, paciente, de novos modos de controle judicial de constitucionalidade das leis.

### 4.2. Politização do Poder Judiciário

Quanto ao Poder Legislativo, foi possível perceber que as críticas a um possível modelo misto de controle judicial de constitucionalidade brasileiro seriam contundentes em relação a algumas das principais características desse Poder.

Em relação ao Judiciário, isso não parece muito diferente. Isso porque, em síntese, a escolha por um ou pelo outro procedimento de controle jurisdicional da constitucionalidade de leis será decidida, em última instância, caso a caso pelo Supremo Tribunal Federal.

Apesar de a problemática quanto a isso talvez não ser facilmente perceptível, é necessário expor suas consequências possivelmente alarmantes.

Consoante será explanado no subtópico seguinte, a divisão da ordem constitucional em duas, mesmo diante do que preconiza o próprio art. 60, §4º, e alíneas, já é, em si, algo extremamente controverso.

Não fosse isso o bastante, a definição dos casos de controle judicial de constitucionalidade a ampararem ou a garantia normativa das cláusulas pétreas ou o processo pedagógico e dialógico a guiar o Legislativo a observar as questões constitucionais pode ser uma atividade constitucional e jurisdicional do Supremo Tribunal Federal completamente, ou significativamente, sujeita à contaminação de politicagem institucional.

Se, na atual conjuntura brasileira, o Poder Judiciário e, em especial, o Supremo Tribunal Federal, já são muitas vezes criticados de exercer funções políticas que lhe são descabidas, é possível que, com a implementação desse modelo misto, essa possível politização da atividade jurisdicional se torne ainda mais perigosa.

Convém, portanto, descrever o modo pelo qual esse possível processo de politização progressiva do Judiciário poderia ocorrer.

Ao julgar determinado caso, principalmente casos que concernem a questões constitucionais, é bem provável que determinada cláusula pétrea esteja – ainda que da maneira mais branda possível – afetada pela eventual decisão das vias judiciais.

Sobretudo no que diz respeito ao extenso rol de direitos e garantias fundamentais previstos no art. 5º da Constituição de 1988 e, inclusive, em alguns outros dispositivos do texto constitucional, e, também, no que tange ao significado amplíssimo do princípio da separação de poderes, quase fatalmente todas as hipóteses tangenciarão alguma norma pétrea.[80]

Isso tudo sem olvidar o fato de que, como já mencionado, o significado do que exatamente se enquadra na idéia das cláusulas pétreas, na Constituição de 1988, pode ser objeto de outras inúmeras discussões.

Diante dessas constatações, é razoável concluir que, muito provavelmente, não haveria uma divisão faticamente bem estabelecida entre os casos a serem submetidos ao controle judicial firme e aqueles a serem amparados por um controle judicial atenuado, mas sim, uma discricionariedade[81] – talvez excessivamente política – do Supremo Tribunal Federal a considerar determinada hipótese como concernente a cláusula pétrea ou não.

É bem factível que o alto grau de especialização jurídica e a considerável capacidade argumentativa daqueles que tendem a ser os juízes de mais notável saber jurídico – ou seja, os onze ministros do Supremo Tribunal Federal – possam servir de substrato para uma justificação apenas aparentemente jurídica para uma prática eminentemente política.

No contexto jurisdicional brasileiro contemporâneo, essa atividade por vezes já acontece. Isto é, se com a ausência dessa divisão que facilita uma discricionariedade indevida por parte do Supremo Tribunal Federal o Poder

---

[80] E, ainda que não tangenciem, certamente as partes poderão alegar violação a conceitos consideravelmente imprecisos, como ofensa ao devido processo legal ou violação à dignidade da pessoa humana, com o intuito de suscitar preceitos constitucionais pétreos supostamente pertinentes ao caso.

[81] Talvez discricionariedade não seja o melhor termo, eis que essa idéia significa subordinação à lei. Arbitrariedade parece denotar algo exagerado para o que aqui ser quer expor. Talvez o termo correto esteja entre esses dois conceitos.

Judiciário já parece, em algumas situações, exercer funções excessivamente políticas, o que se pode esperar da adoção desse modelo misto?

Em última instância, o Supremo Tribunal Federal possivelmente optaria por submeter determinados casos, na ausência de um critério claro, ao controle judicial firme ou ao atenuado quando assim lhe fosse conveniente fazê-lo.

Pois bem. O que se pode afirmar diante dessas sólidas críticas a esse possível modelo misto de controle judicial de constitucionalidade?

Inicialmente, é necessário esclarecer um melhor delineamento do critério a amparar o enquadramento de determinado caso no controle firme ou no controle atenuado.

É quase óbvio que, em qualquer processo que consiga passar pelo crivo das instâncias ordinárias e de alguns outros tribunais superiores, até chegar ao Supremo Tribunal Federal, haverá alguma mínima pertinência do caso discutido com alguma cláusula pétrea.

O que deve ser constatado, porém, é que há uma diferença entre uma hipótese ser pertinente a cláusula pétrea e uma hipótese dizer respeito à modificação de cláusula pétrea. Ou seja, apenas em relação a essas últimas esse Tribunal estaria legitimado a exercer um controle judicial firme de constitucionalidade das leis.

Apesar de isso não inibir completamente o Supremo Tribunal Federal, mediante uma construção argumentativa bem estruturada, de suscitar alguma questão como a ser amparada pelo controle firme quando assim não devesse sê-lo, é necessário apontar que há meios de se evitar que isso seja feito, ou ao menos, de criticar essa prática.

Assim como todas as demais decisões judiciais, o enquadramento pelo Supremo Tribunal Federal de determinada questão como inevitavelmente relacionada à possibilidade de indevida modificação de cláusula pétrea estaria sujeito à crítica da doutrina jurídica e, por que não, do próprio debate social.

Ademais, é preciso comparar as possíveis críticas desse modelo misto relacionadas com o Judiciário com o próprio funcionamento atual desse Poder.

No atual cenário, a despeito de não haver substrato, ao menos jurídico, para o amparo da consecução de finalidades políticas pelo Poder Judiciário, nada garante que essa prática não ocorra, a não ser o próprio senso crítico das demais instituições políticas e da sociedade civil.

Habermas propõe que uma corte constitucional deva exercer – principalmente quando a sociedade civil parecer inerte – o papel de um tutor dessa sociedade, e não o de um soberano substituto (HABERMAS, 1997, p. 347). Até que ponto, aparentemente, o Supremo Tribunal Federal está a exercer essa função de tutor? Principalmente se for levado em consideração o julgamento de mais de cem mil processos em um único ano, será que não há um monopólio da discussão jurídica e constitucional sob responsabilidade quase exclusiva de onze juízes ministros?

É verdade que as instituições brasileiras não precisam concordar com a teoria de Habermas. O agir comunicativo, sobre o qual Habermas parece fundar boa parte de seu legado, pode ser, inclusive, bastante metafísico.

Entretanto, caso o Judiciário brasileiro acredite que a mitigação do diálogo deva ocorrer em face da preservação de algo mais importante para a ordem constitucional, é necessário que as instituições judiciais explicitem de modo mais claro a razão de ser desse volume estratosférico de processos que condensam o debate jurídico no topo de sua hierarquia. É imprescindível que, no mínimo, o Supremo Tribunal Federal ponha o agir comunicativo em xeque.

Um diálogo entre o Judiciário e o Legislativo, por meio do controle judicial de constitucionalidade atenuado, pode provocar a sociedade civil a participar, nessas duas vias, de modo mais enérgico nas discussões que digam respeito aos preceitos da Constituição de 1988.

Ingeborg Maus é ainda mais crítica em relação a um excessivo poder inerente ao judiciário em alguns contextos da contemporaneidade. No caso do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, Maus tenta mostrar como a busca política pela construção do consenso parece ter cedido lugar à confiança no Poder Judiciário na imposição dos valores morais a nortearem a consecução das finalidades políticas da sociedade civil (MAUS, 1999, p. 186-187).

O judiciário, realmente, deve controlar os excessos antiéticos e tirânicos da política. Contudo, quando se dá demasiada importância a esse poder, sobretudo às cortes constitucionais, quem será capaz, por sua vez, de controlá-lo?

Na Alemanha, inclusive, considerável parte da doutrina e da jurisprudência constitucionais já admitiu como possível o controle judicial de constitucionalidade das próprias normas constitucionais, em atenção a um direito supraconstitucional fundado em uma ordem moral a ser revelada pelos juízes do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (MAUS, 1999, p. 191).

Seria quase certamente exagerado afirmar que esse poderia ser o passo seguinte do Supremo Tribunal Federal.

Contudo, alguns questionamentos parecem persistir em relação ao Judiciário brasileiro. Como resolver cem mil controvérsias por ano sem comunicar-se com aqueles diretamente envolvidos e responsáveis por nortearem essas controvérsias – a saber, o Poder Legislativo e a sociedade?

As demais instituições políticas, a sociedade civil e, sobretudo, as interpretações que esses atores conferem à Constituição são fundamentais para a própria ordem política, jurídica e social brasileira.

Não será a substituição de um modelo talvez tendente ao monopólio da discussão pública por outro aberto ao diálogo institucional, ainda que esse diálogo por vezes acarrete resultados perigosos, uma possibilidade de aperfeiçoamento das atividades institucionais e jurisdicionais do contexto brasileiro hodierno?

Pelo diálogo, é possível ao menos discordar desse modelo misto e voltar ao anterior, ou buscar, ainda, alguma outra alternativa distinta dessas duas.

Já no monopólio do espaço público, talvez não.

### 4.3. Deturpação do direito

O tópico a ser formulado nas linhas a seguir talvez mereça maiores atenções por parte da filosofia jurídica do que pelas teorizações concretas das teorias políticas e jurídicas acerca do controle judicial de constitucionalidade de normas.

Contudo, é oportuno expor alguns questionamentos relacionados aos resultados que esse modelo misto poderia ocasionar à própria lógica da ordem jurídica.

Em síntese, é possível fazer a seguinte indagação – como garantir que uma prática que continuamente separe a Constituição em dois blocos distintos não acabe por desvirtuar a própria essência do direito, principalmente a do direito constitucional brasileiro?

Para não se esmiuçar demasiadamente em questões filosóficas que possam acarretar a afirmação de equívocos na presente dissertação, vale apenas apontar uma discussão pertinente a esse modelo misto, que pode ser norteada por três visões distintas.

A primeira é a de que, talvez, a norma contida no art. 60, §4º, e alíneas seja somente uma regra procedimental, e não uma divisão da ordem constitucional em duas. Ou seja, é possível que as centenas de dispositivos constitucionais devam ter, segundo o cerne deontológico do direito, a mesma força normativa.

Aliás, muito provavelmente esse é o raciocínio que mais se coaduna com o padrão pós-positiva do direito contemporâneo. A partir do momento em que o processo constituinte brasileiro de 1987/1988 optou por positivar direitos usualmente não constitucionais no texto da Constituição a ser promulgada em 1988, então todos os dispositivos ali encontrados receberam a mesma força normativa a ser tutelada pelas instituições e pela sociedade, com especial foco para o Poder Judiciário nessa tarefa.

Assim, de fato, o art. 60, §4º, e alíneas da Constituição de 1988 seria uma regra apenas procedimental. É certo que alguns dispositivos poderiam ser modificados e outros – as cláusulas pétreas – não. Contudo, enquanto vigentes, todos esses dispositivos teriam a mesma normatividade constitucional.

De modo distinto da primeira possibilidade aqui delineada, pode-se afirmar que, segundo o teor dessa regra, a própria Constituição teria optado por estabelecer uma hierarquia entre as cláusulas pétreas e as demais regras constitucionais. Ou seja, as primeiras estariam em um patamar ligeiramente superior em relação às demais normas constitucionais.

Dessa forma, os dispositivos constitucionais sujeitos a Emendas Constitucionais talvez sejam apenas semi-constitucionais, de modo a configurar um terceiro nível na hierarquia de normas na ordem jurídica brasileira – normas puramente constitucionais, abaixo, normas semi-constitucionais e, por fim, na base do sistema, as normas puramente infraconstitucionais.

A terceira possibilidade se refere à hipótese de as cláusulas pétreas configurarem algo ontologicamente distinto de todas as demais normas, estejam essas positivadas no texto constitucional ou não. Principalmente se for levado em consideração que o constitucionalismo dos últimos dois séculos tem se ocupado de modo significativo na definição do núcleo essencial das constituições – que parece ser formado pela garantia do princípio da separação dos poderes, pela definição dos limites do exercício político desses poderes e, sobretudo, pela garantia de alguns direitos fundamentais, e, talvez, por alguns outros[82] – é razoável concluir que apenas as cláusulas pétreas seriam materialmente constitucionais na ordem jurídica brasileira. Todas as demais normas da Constituição de 1988 seriam apenas formalmente constitucionais.

Em relação a essas três colocações, é preciso deixar a discussão em aberto. A dissertação não tem como escopo o delineamento preciso e reflexivo da essência do direito, e sim, a busca por meios de aprimoramento nas instituições e nas práticas jurisdicionais do contexto brasileiro.

Na verdade, é possível que as duas últimas possibilidades sejam, na verdade, uma só.

Cumpre observar, portanto, apenas as possíveis consequências da adoção do modelo misto de controle judicial de constitucionalidade em relação às observações aqui tecidas.

Atribuir às normas constitucionais que não são cláusulas pétreas um controle atenuado pode acarretar empecilhos parecidos com aqueles relacionados ao controle tênue de constitucionalidade das normas.

---

[82] Esses seriam alguns outros princípios que parecem intrínsecos à maioria das ordens constitucionais, como o devido processo legal, o direito ao voto universal, a inafastabilidade do poder judiciário etc.

Ou seja, conferir a força normativa de dispositivos – que, ainda que sejam ontologicamente distintos das cláusulas pétreas – ao crivo de um Poder norteado pela negociação, pela barganha e pela política poderia contaminar de modo significativo essas normas com acepções axiológicas.[83]

Em suma, uma radicalização do modelo aqui proposto para o controle judicial de constitucionalidade no contexto brasileiro poderia ser compreendida da seguinte maneira.

A Constituição de 1988 possuiria um núcleo essencial e intocável que, por isso mesmo, operaria no campo inalienável do dever ser e, assim, sua proteção clamaria pela atuação do Judiciário.

Ao mesmo tempo, tudo aquilo positivado na carta constitucional e que não faz parte desse núcleo poderia se sujeitar aos possíveis equívocos do Legislativo e à apreensão axiológica dessas normas constitucionais pelas instâncias parlamentares.

Isso, de fato, pode ser perigoso.

Entretanto, é imprescindível ressaltar que, pelo teor do modelo aqui proposto, sobretudo no que diz respeito ao controle atenuado, essa possibilidade seria de certo modo mitigada a tal ponto que a adoção desse modo de controle judicial de constitucionalidade seria ainda assim adequada e conveniente.

Ao declarar a inconstitucionalidade de determinada norma em face de dispositivo constitucional que não é cláusula pétrea, o Supremo Tribunal Federal, como já ressaltado, determinaria que o Legislativo corrigisse a referida norma e, caso não o fizesse, ela seria declarada inconstitucional.

Vale perceber que, consoante já reiteradamente exposto, o controle seria apenas atenuado, e não propriamente tênue. Dessa forma, a possibilidade de inobservância, por parte do Legislativo, do teor deontológico desses dispositivos constitucionais – alheios à proteção do art. 60, §4º, e alíneas – seria diminuta.

Assim, a atenuação do controle judicial de constitucionalidade brasileiro ocorreria apenas até o ponto onde persistisse a capacidade de o Poder Judiciário

---

[83] Para uma compreensão interessante sobre as distinções entre normas e valores, deontologia e axiologia, ver: HABERMAS, 1997., p. 314-330.

assegurar, de algum modo, a força normativa de todos os dispositivos constitucionais.

Aqui, novamente, as considerações podem parecer utópicas. Contudo, pelo que ficou exposto, há algumas razões para acreditar que esse modelo, por um lado, fomentaria um diálogo institucional e jurídico mais amplo entre Judiciário e Legislativo ao mesmo tempo em que, de modo quase elegante, dissolveria a possibilidade de o Legislativo desrespeitar os comandos jurisdicionais quanto às normas da Constituição de 1988.

Aliás, quiçá esses dois aspectos sejam, em essência, um só. Essa cláusula de garantia da declaração de inconstitucionalidade caso a norma não venha ser corrigida é provavelmente imprescindível para esse modelo misto.

Para que um diálogo realmente seja um diálogo, é necessário que as opiniões de ambas as partes sejam, no mínimo, levadas em consideração pela outra.

### 4.4. Outras possíveis críticas

Explanadas as possíveis críticas do modelo aqui formulado em relação ao Legislativo, ao Judiciário e à própria essência do direito, é oportuno indagar se permaneceria alguma crítica significativa a ser ainda elaborada.

Quase certamente, sim. Aqui, portanto, mais do que a construção pormenorizada de cada uma dessas refutações, talvez seja mais interessante deixar o modelo misto de controle judicial de constitucionalidade aberto a essas críticas.

Apenas a título de uma constatação quase aleatória, pode ser oportuno vislumbrar uma possível desorganização jurisdicional que esse modo de controle causaria.

O sistema jurisdicional brasileiro já é, atualmente, bastante diversificado. Há, além da justiça comum, três justiças especializadas, cada uma com um tribunal superior distinto e, no topo, um Tribunal que, de modo curioso, ocupa a um só tempo a função de instância máxima da resolução de controvérsias e de órgão responsável por dirimir as questões constitucionais abstratas.

O modelo brasileiro é, assim, concomitantemente, difuso e concentrado, abstrato e concreto e, além disso, altamente ramificado em jurisdições especializadas.

Como mero indício dessa ordem jurisdicional quase caótica, que é e ao mesmo tempo não é caracterizada por quatro instâncias,[84] vale vislumbrar a hipótese de interposição simultânea, contra decisão de um tribunal de segunda instância, de recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça e recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal. A confusão nessas situações deu, inclusive, origem a diversos enunciados na Súmula de ambos esses Tribunais.

Assim, principalmente se for levado em consideração aquilo analisado no tópico anterior, a problemática referente à diferenciação das normas constitucionais em dois grupos distintos pode levar a um controle judicial de constitucionalidade ainda mais confuso.

Ou seja, o controle de normas brasileiro pode ser resumido da seguinte forma. É, em relação às questões constitucionais, de uma só vez, difuso e concentrado, e concreto e abstrato. Além disso, há distinção do controle das normas constitucionais por parte do Supremo Tribunal Federal e do controle das leis federais por parte do Superior Tribunal de Justiça.

Sofisticar – ou talvez, desarranjar – ainda mais esse controle judicial de normas pode levar a uma ordem jurisdicional ainda mais confusa. Caso, por exemplo, as normas não amparadas pelo art. 60, §4º, e alíneas, sejam declaradas pela doutrina como semi-constitucionais, será possível pensar ainda em outro tribunal superior ou semi-supremo, responsável pela interpretação dessas normas semi-constitucionais, e em posição hierárquica acima dos tribunais superiores e abaixo do Supremo Tribunal Federal.

O que convém, ao fim do presente tópico, ser tecido como conclusão é que essa crítica pode, a depender da conformação que lhe seja dada, ser um reforço para a adoção do modelo aqui proposto.

---

[84] É quase certamente errôneo afirmar que o sistema jurisdicional brasileiro possui quatro instâncias. Na verdade, são duas instâncias ordinárias, somadas às extraordinárias, estas compostas pelos tribunais superiores e pelo Supremo Tribunal Federal. As possibilidades de delineamento processual nessa jurisdição são bastante diversificadas. Isso tudo sem mencionar a possibilidade de recurso aos tribunais internacionais.

Sobretudo em uma dinâmica social e institucional cada vez mais complexa,[85] não será essa contínua sofisticação talvez até mesmo necessária?

É possível que a adoção do modelo aqui proposto, realmente, leve a práticas quase caóticas e a uma tentativa de diálogo entre o Judiciário e o Legislativo que fracasse ante a confusão advinda das inúmeras possibilidades jurisdicionais.

Contudo, para que isso seja constatado, é preciso que esse modelo seja, ao menos em parte, experimentado ou, no mínimo, concebido de modo mais concreto. E, para tal, é necessário que as críticas a lhe serem feitas não se fundem em uma compreensão apriorística de seus resultados e, sim, em comparações de suas principais características com aquelas da atual conjuntura institucional, jurídica e social da realidade contemporânea brasileira.

**Conclusão e algumas considerações finais**

Por todas as considerações realizadas até o presente momento desta dissertação, será possível persistir na defesa por um modelo misto de controle judicial de constitucionalidade das normas brasileiras, em que haja um controle firme para as cláusulas pétreas e um controle atenuado ou tênue-firme para as demais normas constitucionais?

Ora, as principais críticas quanto a possíveis empecilhos no funcionamento e na estrutura tanto do Legislativo quanto do Judiciário parecem ter sido, em sua maior parte, refutadas. Em relação às possíveis deturpações que a adoção desse controle misto poderia provocar no que diz respeito ao cerne deontológico do direito, propostas foram formuladas no sentido de se impedir ao máximo que isso pudesse ocorrer.

E, quanto aos resultados possivelmente positivos com a implementação de tal modelo, o que poderia ser esperado?

As vantagens em relação a um Legislativo mais atento aos ditames da Constituição de 1988 parecem ter sido expostas. Além disso, a crise numérica de processos no Supremo Tribunal Federal talvez fosse aliviada, de sorte a conferir a

---

[85] Nas últimas décadas, a jurisprudência, a doutrina e a própria lei têm moldado a conformação de diversos institutos processuais e jurídicos extremamente interessantes, como a ação civil pública, as ações coletivas, o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a substituição processual, a modulação de efeitos, entre vários outros.

esse Tribunal uma maior possibilidade de apreciação e reflexão sobre as questões constitucionais mais complexas.

Por fim, o que é precipuamente importante em relação a essas possíveis vantagens é o rearranjo de práticas e estruturas institucionais que possibilitem um maior diálogo entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. Esse diálogo é ainda mais importante quando verificado que essa comunicação é, em síntese, uma reflexão sobre os próprios preceitos constitucionais.

A maior parte das refutações a propostas alternativas às práticas atualmente vigentes parecem se fundar nos resultados obtidos com a objetivação estrutural das idéias de marcantes filósofos políticos e jurídicos dos séculos de outrora.

O controle judicial de constitucionalidade brasileiro pode estar pautado, em grande parte, em apreensões equivocadas sobre essas teorizações.

Oportuno aqui, apenas a título reflexivo, expor alguns contrastes.

John Locke, em oposição a Thomas Hobbes, afirma que os seres humanos só saem do estado de natureza rumo à instituição de uma comunidade política por conta do contínuo aperfeiçoamento que essa comunidade é capaz de conferir às relações humanas (FIORAVANTI, 2007, p. 91). De que modo seria possível descartar, no contexto brasileiro hodierno, possíveis aprimoramentos em face de um apego institucional talvez irrefletido?

Charles-Louis de Secondat – ou melhor, Montesquieu – acreditava que a liberdade política seria encontrada nos governos moderados (FIORAVANTI, 2007, p. 98). A existência de um Judiciário nitidamente sobrecarregado com questões que talvez devessem ser solucionadas por outros Poderes ou pela própria sociedade civil, ou ao menos em conjunto com esses atores, não demonstra uma possível ausência de moderação da estrutura estatal brasileira e, de acordo com o filósofo político francês, uma maior possibilidade de afronta às liberdades políticas?

Para Jean-Jacques Rousseau, toda lei que não houvesse passado pelo crivo da soberania popular seria nula (FIORAVANTI, 2007, p. 84). Como justificar, a partir disso, a atribuição de um controle de constitucionalidade cada vez mais concentrado no Judiciário e alheio às opiniões populares e à reflexão institucional das instâncias representativas da sociedade civil?

No fim do século XVIII, Immanuel Kant revoluciona a moral política e defende que a lei não deve fazer outra coisa senão permitir que todos os indivíduos e, mediante procedimentos igualitários para todos esses indivíduos, tenham a liberdade de buscar sua própria felicidade até o limite da liberdade dos demais indivíduos (FIORAVANTI, 2007, p. 123). É possível instituir essa liberdade por meio de um Legislativo desleixado ou por um Judiciário excessivamente sobrecarregado?

Georg Jellinek, ao conceber a idéia de um Estado de Direito, assinala que a existência estatal somente é possível se existir também a negação do monopólio do espaço público nessa ordem estatal (FIORAVANTI, 2007, p. 141). Não haveria ao menos uma tendência atual de um monopólio do debate público, por parte do Supremo Tribunal Federal, ou ao menos de um monopólio da discussão referente a temas constitucionais?

A partir das idéias de Jellinek, Hans Kelsen concebe que a constituição seria democrática justamente por que não teria um dono. A constituição seria, portanto, algo a resguardar justamente a pluralidade política da ordem estatal (FIORAVANTI, 2007, p. 156-158). Como garantir, no cenário contemporâneo brasileiro, a preservação de algo que se destina justamente a garantir a pluralidade – isto é, a Constituição de 1988 – mediante o controle dessa carta constitucional pelo entendimento muitas vezes isolado de um Tribunal composto por onze ministros juízes?

A despeito de não ser necessário concordar com sequer um dos filósofos e teóricos apontados acima, cumpre perceber que, talvez mais do que o apego à objetivação concreta dessas teorizações, talvez as instituições contemporâneas devam refletir em relação às idéias abstratas e inspiradoras que esses pensadores foram capazes de contribuir ao legado político, jurídico e filosófico dos últimos séculos.

Dessa forma, as possibilidades a serem imaginadas poderão ser quase infinitas.

No que diz respeito ao controle de constitucionalidade das normas, há quem defenda, e com excelentes argumentos para tal, o exercício desse controle por parte do próprio poder legislativo.

Jeremy Waldron afirma que, desde que verificadas quatro condições – a existência de instituições representativas sérias e em funcionamento adequado, a existência de instituições judiciais igualmente sérias e também em funcionamento adequado, a constatação do fato de toda a sociedade civil levar a idéia de direitos a sério e, por fim, a contínua discussão e o quase perpétuo dissenso a respeito do que esses direitos significam ou do que devam significar – a adoção de um controle de constitucionalidade por parte do legislativo provavelmente levará a resultados mais adequados e, principalmente, mais democráticos, que um controle judicial de constitucionalidade das normas (WALDRON, 2006, p. 1346-1406).

Embora seja difícil de defender a aplicabilidade de um modelo desse caráter à atual realidade brasileira, é possível pensar em meios de aprimorar as instituições e a própria sociedade civil rumo ao cumprimento dos requisitos elencados por Waldron.

A partir daí, será possível, quiçá, adotar um controle legislativo de constitucionalidade de normas à realidade brasileira ou, ao contrário, criticar e rechaçar essa proposta com base em argumentos mais sólidos e sofisticados que os atuais, que parecem se fundar exclusivamente na atual desconfiança em relação ao Poder Legislativo.

É bem verdade que, dentre os modelos aqui propostos, seja impossível chegar à conclusão de qual seja o mais adequado.

Contudo, é certo também que, no mínimo, a consolidação progressiva dessas quatro condições estabelecidas por Waldron deve constituir o objetivo de todas as ordens constitucionais e democráticas da contemporaneidade.

Dessarte, talvez ao invés de se preocupar excessivamente com a observância cada vez mais detalhada aos atuais procedimentos do controle judicial de constitucionalidade brasileiro, os poderes políticos brasileiros, em especial o Judiciário, possam iniciar práticas, que, embora possivelmente desatentas a essas regras, sejam continuamente mais empenhadas no aperfeiçoamento das instituições, da sociedade e, sobretudo, do diálogo entre todos esses atores, a fim de que, também de modo contínuo e enérgico, todos esses atores políticos tenham

uma efetiva participação no controle acerca do que a Constituição de 1988 significa – ou do que essa Constituição deva significar.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

FIORAVANTI, Maurizio. **Constituición. De La Antigüedad a nuestros dias.** Tradução, para o espanhol, de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editora Trotta, 2007. Capítulo 3.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre facticidade e validade.** v. 1. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário, 1997. Capítulo 6.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como Superego da Sociedade. O Papel da Atividade Jurisprudencial na "Sociedade Órfã".** In: *Estudos em Avaliação Educacional*. Fundação Carlos Chagas. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. nº 20. julho/dezembro de 1999. p. 183-202.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 6ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

TUSHNET, Mark. **Alternative Forms of Judicial Review**. In: *Michigan Law Review*. Volume nº 101, agosto de 2003. p. 2781-2802.

WALDRON, Jeremy. **The Core of The Case Against Judicial Review.** In: *The Yale Law Journal*. vol. 115, 2006. p. 1346-1406.